

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Volume 23 – Numéro 2

Année : 1992-1993

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13405>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13405>

Page vide laissée intentionnellement.

Les journées de formation pluridisciplinaire Charles-Coderre

LA COMPLÉMENTARITÉ DES INSTITUTIONS DANS LE DOMAINE DE LA PROTECTION	289
Par Oscar D'AMOURS	
ASPECTS JURIDIQUES CONCERNANT LA PREUVE DE L'EXISTENCE D'ABUS SEXUELS EN MATIÈRE DE PROTECTION DE LA JEUNESSE, FAMILIALE OU CRIMINELLE	305
Par Bernard GRATTON	
Avec la collaboration de Alexandra DRAGOMIR	
Y A-T-IL INCESTE ? L'EXPERTISE PSYCHOSOCIALE DU TRAVAILLEUR SOCIAL	375
Par René LAPOINTE	
LES PROFILS EN MATIÈRE D'ALLÉGATIONS D'ABUS SEXUELS : UNE INVITATION À LA PRUDENCE	415
Par Luc MORIN	
LA CONSPIRATION FAMILIALE POUR ENTRAVER L'ÉVALUATION DE L'ABUS SEXUEL.....	437
Par Louisiane GAUTHIER	
Articles : Nouveau Code civil du Québec	
LE « CODE CIVIL DU QUÉBEC » : UN PEU D'HISTOIRE, BEAUCOUP D'ESPOIR.....	453
Par Marcel GUY	
LA GESTION D'AFFAIRES INOPORTUNE, L'INDEMNISATION DU FAUX GÉRANT, ET LA PORTÉE DE L'ARTICLE 1490 « C.c.Q. ».	501
Par Robert P. KOURI	
Charlotte LEMIEUX	

Page vide laissée intentionnellement.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LA COMPLÉMENTARITÉ DES INSTITUTIONS DANS LE DOMAINE DE LA PROTECTION

Auteur(s) : Oscar D'AMOURS

Revue : RDUS, 1992-1993, volume 23, numéro 2

Pages : 289-302

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13398>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13398>

Page vide laissée intentionnellement.

LES JOURNÉES DE FORMATION PLURIDISCIPLINAIRE CHARLES-CODERRE

AVANT-PROPOS

La *Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke*, en collaboration avec la *Fondation Charles-Coderre*, organise annuellement les journées de formation pluridisciplinaire Charles-Coderre «sur les problématiques familiales et les pratiques socio-juridiques».

Ces journées d'études s'adressent aux intervenants *sociaux et juridiques* qui travaillent dans le domaine de la jeunesse et de la famille. Elles sont conçues et planifiées pour leur permettre de participer à des activités de formation dans le but de provoquer des échanges entre intervenants de diverses disciplines.

Le caractère pluridisciplinaire des journées Charles-Coderre vise à susciter des réflexions sur des aspects spécialisés de la pratique professionnelle de façon à envisager, le cas échéant, des règles efficaces de fonctionnement adaptées aux divers milieux afin de répondre aux objectifs poursuivis ou souhaitables.

Enfin, par ces rencontres annuelles, nous comptons contribuer à l'avancement des connaissances dans les matières requérant une approche pluridisciplinaire, en cernant les multiples facettes des réalités complexes auxquelles les intervenants sociaux et juridiques sont confrontés.

Me Claude Boisclair
Vice-doyen à la recherche
Faculté de droit
Université de Sherbrooke

LES JOURNÉES DE FORMATION PLURIDISCIPLINAIRE CHARLES-CODERRE

COMITÉ SCIENTIFIQUE

M. Jacques Allary
Directeur
Dép. de service social
Université de Sherbrooke

M. le juge Oscar D'Amours
CQ, Chambre de la jeunesse
Montréal

M. Rodrigue Blais
Chef de service, AEO
CPEJ, Estrie

Me Claude Boisclair
Vice-doyen à la recherche
Faculté de droit
Université de Sherbrooke

M. le juge Omer Boudreau
CQ, Chambre de la jeunesse
Montréal

Mme Yvette Léveillé
Secrétaire de la Fondation
Charles-Coderre
Montréal

LA COMPLÉMENTARITÉ DES INSTITUTIONS DANS LE DOMAINE DE LA PROTECTION

par Oscar D'AMOURS*

Dans le cadre de la protection de l'enfance et de la jeunesse, trois institutions sociétales se côtoient : la famille, les institutions sociales et les institutions judiciaires; elles assument des fonctions complémentaires qui évoluent dans le temps.

L'encadrement juridique de la famille n'a pas échappé au changement; les lois traitant de la protection de l'enfant sont l'expression du partage des responsabilités entre les institutions dont les rôles oscillent selon la situation de l'enfant.

L'analyse de l'évolution historique de ces trois institutions permet de comprendre leur complémentarité à travers un objectif commun : permettre à l'enfant de devenir un citoyen équilibré et responsable.

Three societal institutions coexist in the field of child and youth protection, namely the family, social institutions and judicial institutions. Each such institution assumes complementary roles which evolve over time. Change has not spared the juridical framework of the family. Indeed, youth protection laws reflect this by sharing responsibility with each institution according to the child's particular situation. An analysis of the historical development of these three institutions allows one to understand their complementary nature in light of a common objective: to help children to become responsible and well-adjusted citizens.

*, Juge coordonnateur, Chambre de la jeunesse, Cour du Québec, district judiciaire de Montréal. Conférence prononcée à l'occasion des Journées de formation pluridisciplinaire Charles-Coderre.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	291
I. LA FAMILLE CONTEMPORAINE	293
A) L'évolution de la famille	293
B) Le rôle de la famille	294
II. L'ENCADREMENT JURIDIQUE DE LA FAMILLE	296
A) Les modifications apportées au <i>Code civil</i>	296
B) Les diverses lois sur la protection de la jeunesse	299
III. LA FAMILLE INAPTE À PROTÉGER L'ENFANT	300
IV. L'ENFANT DANS LE CONTEXTE CONTEMPORAIN ET LES PERSPECTIVES D'AVENIR	301
CONCLUSION	303

INTRODUCTION

Parler de la complémentarité des institutions dans le domaine de la protection en 1993 paraît, à certains, tout à fait normal alors que pour d'autres, cela constitue une modification importante dans les mentalités.

Dans le *Rapport Prévost*¹, on indiquait que tous les services associés à la Cour étaient des accessoires; ils devaient donc suivre le principal.

Lors de l'entrée en vigueur de la *Loi sur la protection de la jeunesse* en 1979², les termes utilisés relativement au partage des responsabilités entre les intervenants sociaux et judiciaires marquaient l'importance de l'antériorité de l'intervention sociale sur l'intervention judiciaire.

En 1979, l'article 3 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*³ prévoyait que l'enfant était considéré comme sujet de droit. Cette affirmation a eu un impact sur les parents qui se demandaient alors quels étaient leurs droits et responsabilités eu égard aux droits accordés aux enfants.

En 1984, à la suite du rapport de la Commission parlementaire spéciale sur la protection de la jeunesse⁴, le législateur inséra au chapitre deuxième, portant sur les principes généraux et les droits de l'enfant, une disposition attribuant aux parents la responsabilité de pourvoir au soin, à l'entretien et à l'éducation de leur enfant et d'en assumer la surveillance⁵.

Aujourd'hui, la complémentarité des institutions dans le domaine de la protection est vue comme nécessaire. Pour qu'elle se concrétise, il faut un objectif commun et toute action doit être fondée sur le respect mutuel des uns et des autres. En outre, la reconnaissance de l'apport de l'autre est essentielle pour travailler à une meilleure protection de l'enfant. La conjugaison des efforts ne peut souffrir d'une interrelation de dominé à dominant. La complémentarité requiert donc la répartition des tâches, propres à chacune des catégories d'intervenants.

-
1. Commission d'enquête sur l'administration de la justice en matière criminelle et pénale au Québec, vol. 4, tome 1, p. 651.
 2. L.R.Q., c. P-34.1.
 3. *Id.*
 4. Québec, Assemblée nationale. Rapport de la Commission parlementaire spéciale sur la protection de la jeunesse. Québec : ministère des Communications, [1982], p. 83-84 et 223 s.
 5. Art. 2.2, *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1. Cette disposition est inutile jusqu'à un certain point, puisqu'elle reprend l'obligation générale des parents de s'occuper de l'enfant déjà prévue à l'article 599 du *Code civil du Québec*, lequel complète toute loi particulière, sauf disposition contraire, art. 1 *C.c.Q.*

Il s'agit d'exigences importantes sans lesquelles la complémentarité ne peut exister. Dans le cadre de la protection de l'enfance, trois institutions sociétales se côtoient, s'entraident et se complètent pour que l'enfant devienne un citoyen à part entière : l'institution de la famille et les institutions sociales et judiciaires, lesquelles prennent des visages différents, remplissent des fonctions déterminées par la loi et des rôles distincts, selon les circonstances, même si l'objectif poursuivi est le même.

La famille est à la base de l'évolution de l'enfant; elle permet son développement dans une interrelation affective de personnes. À travers le prisme historique, nous allons jeter un regard sur la situation de la famille dans laquelle l'enfant évolue.

Paraphrasant le professeur de droit Arthur Leonard, de l'École de droit de New York⁶, nous pouvons dire que la loi est le reflet de la société. Si elle en est le fruit, elle s'inscrit dans une dynamique sociale qui marque sa genèse et son développement.

Par la suite, nous allons examiner, dans une perspective évolutive, la *Loi de la protection de la jeunesse*⁷ qui attribue aux différentes institutions leurs rôles, leurs responsabilités et leurs fonctions. En effet, lorsque la famille fait défaut d'assurer la protection des enfants, cette loi cherche à leur assurer un minimum de protection par les institutions sociales, auxquelles elle réfère, et par l'intervention judiciaire, le cas échéant.

Enfin, nous terminerons notre exposé en examinant la situation de l'enfant dans le contexte contemporain et à la lumière des perspectives d'avenir.

I. LA FAMILLE CONTEMPORAINE

A) L'évolution de la famille

Parler de la famille dans le contexte des années 1990 est hasardeux en raison de la façon dont on la décrit, la définit ou la qualifie.

Traditionnellement, on considérerait la famille essentiellement comme étant constituée d'un ensemble de personnes unies par le sang et vivant sous le même toit.

6. NEWSWEEKS, Special Edition, Winter/Spring, 1990, p. 38.

7. L.R.Q., c. P-34.1.

En 1990, «the Massachussett Mutual Life Insurances» a demandé à un groupe de 1200 personnes de définir la famille actuelle :

- *Vingt-deux pour cent (22%) ont choisi la définition legaliste soit : «Un groupe de personnes reliées entre elles par le sang, le mariage ou l'adoption.»*
- *Soixante-dix-huit pour cent (78%) ont choisi la définition suivante de la famille : «Un groupe de personnes qui s'aiment et qui prennent soin mutuellement les uns des autres.»*

Il existe un courant⁸ de pensée important qui opte pour une notion élargie de la famille et qui repose sur les liens affectifs. Cette réalité faisait dire à Arthur Léonard que : «La famille est devenue un concept fluide.»⁹

Afin de bien définir ce que nous entendons par «famille», nous devons très souvent y ajouter un ou des qualificatifs pour mieux en préciser le concept ou pour l'identifier à la réalité vécue par ses membres. Mentionnons quelques exemples :

- *la famille biparentale avec des parents mariés ou vivant en union libre;*
- *la famille monoparentale avec parents de sexe masculin ou féminin;*
- *la famille biparentale avec des parents hétérosexuels ou homosexuels;*
- *la famille reconstituée;*
- *la famille alternative;*
- *la famille d'accueil.*

B) Le rôle de la famille

La transformation de la société a eu pour effet de transférer un grand nombre des fonctions, exercées autrefois par la famille auprès de l'enfant, à des tiers chargés d'assumer la formation de l'enfant, de le préparer au travail, de s'occuper de ses loisirs et de lui transmettre certaines valeurs.

La famille n'étant plus la seule unité de vie et d'échange, nous assistons à une plus grande dépendance de celle-ci à l'égard de tout ce qui lui est extérieur. Presque tout devient objet de partage entre la famille et l'école, la famille et les

8. NEWSWEEKS, Special Edition, Winter/Spring, 1990, p. 38.

9. *Id.*

loisirs, la famille et la culture, la famille et l'économie, la famille et la politique nationale ou internationale.

La structure familiale est devenue friable, instable et elle est à la merci de tout ce qui l'entoure. Cette institution n'est plus maître de sa destinée et cette transformation a provoqué des crises internes entraînant des conséquences de plus en plus graves. Il fut une époque où la solidarité familiale constituait un rempart qui permettait à ses membres d'affronter et de passer au travers de crises majeures tout en sauvegardant une structuration. L'examen par les parents de la conception de leur rôle, au fil des ans, illustre les transformations par lesquelles la famille est passée.

Parlant de la responsabilité dans la famille, Durkheim écrivait en 1905 :

«Au moment où les enfants sont nés, la physionomie du mariage change totalement d'aspect. Le couple conjugal cesse alors d'être lui-même sa propre fin pour devenir un moyen en vue d'une fin qui lui est supérieure : cette fin, c'est la famille qu'il a fondée et dont il a désormais la responsabilité. De ce devoir, ni le mari, ni la femme ne peuvent plus se libérer à leur fantaisie pour la seule raison que le mariage ne leur procure pas ou ne leur procure plus la satisfaction qu'ils en attendaient. Ils se doivent à d'autres êtres qu'à eux-mêmes.¹⁰»

Le sens des responsabilités que l'auteur attribue au «couple» a évolué. Au début du siècle, les conjoints devenus parents s'abstenaient de prendre une décision, même s'ils n'étaient pas satisfaits d'une situation, lorsqu'elle avait pour effet de porter atteinte à la famille, car ils se préoccupaient davantage des êtres qui dépendaient d'eux que de leur propre personne.

En revanche, depuis la fin des années 1960, on constate que les parents ont pris et continuent de prendre des décisions fondées sur la satisfaction de leurs propres besoins et ce, même lorsqu'elles vont à l'encontre de l'intérêt des enfants.

De nos jours, le principal critère de décision des parents concerne, le plus souvent, leur épanouissement individuel. Traitant des aspects psychosociologiques de la transformation des familles, le Secrétariat à la famille du gouvernement du Québec mentionnait dans l'une de ses études que :

«Le fait que les familles soient de plus en plus petites et de plus en plus instables entraîne une série de phénomènes psychologiques et sociaux dont on mesure encore mal l'ampleur. À titre d'exemple, mentionnons les effets de la

10. J. LACROIX, *Force et faiblesses de la famille*, éd. du Seuil, Paris, 1948, p. 65.

rupture de l'union des parents sur l'équilibre psychologique des adultes et des enfants.

Sur le plan psychosocial, il est important de signaler la mise au jour de la violence au sein d'environ dix pour cent (10%) des familles. Cette situation révèle que les familles échouent parfois dans leur rôle fondamental d'assurer l'épanouissement de leurs membres; la société toute entière est interpellée par de tels problèmes.¹¹»

Par ailleurs, comme le mentionnait le Secrétariat à la famille, malgré ces grands bouleversements, le désir d'avoir des enfants demeure une aspiration et une valeur sociale partagée par la majorité de la population¹².

II. L'ENCADREMENT JURIDIQUE DE LA FAMILLE

Examinons la législation touchant les enfants dans la perspective du droit général ou du droit particulier en regard de la protection des droits des enfants dans des situations problématiques.

A) Les modifications apportées au *Code civil*

Nous empruntons notre première observation aux auteurs de droit de l'époque pour découvrir que le *Code civil du Bas Canada* était influencé par un esprit moral¹³. La situation des enfants variait en fonction du statut des parents. Ainsi, le *Code civil du Bas Canada*¹⁴ classifiait le statut des enfants en fonction de leur filiation légitime ou naturelle.

L'enfant *légitime* bénéficiait de tous les droits pouvant résulter de cette filiation, soit la possibilité de recevoir des donations, d'hériter «*ab intestat*», de réclamer des aliments et aussi d'obtenir une compensation en cas de décès de son père ou de sa mère¹⁵.

Concernant l'enfant *naturel*, on subdivisait son statut en trois catégories : l'enfant naturel simple, l'enfant adultérin et l'enfant incestueux. De ces trois catégories d'enfant, seul l'enfant naturel pouvait aspirer à acquérir l'état d'enfant légitime par le mariage subséquent de ses père et mère. Quant aux autres enfants, leurs droits étaient limités. Ainsi, ils ne pouvaient pas hériter sans testament, recevoir des donations importantes et réclamer des aliments des

11. Familles en tête, Plan d'action en matière de politique familiale, 1989-1991, p. 12.
12. *Ibid.*, p. 13.
13. LAURENT, *Principe de droit*, volume 4, (1887), p. 11.
14. Art. 218 à 241 *C.c.B.c.*
15. Art. 1056 *C.c.B.c.*

grands-parents. En fait, comme le mentionnait Merlin, l'ordre juridique modifiait l'ordre de la nature¹⁶.

En 1960, la famille était sous l'autorité de la puissance paternelle¹⁷ et toute l'autorité était concentrée entre les mains du père et ce, jusqu'en 1964, date à laquelle le législateur supprimait la puissance maritale et l'incapacité juridique des femmes mariées¹⁸. En vertu de cette loi, la femme pouvait entre autres, exercer le mandat domestique¹⁹ c'est-à-dire contracter pour les choses courantes de la famille et engager, par ce fait, la responsabilité de son conjoint. Cette réforme fut suivie en 1969 de celle des régimes matrimoniaux.

Au cours des années 1960, nous avons assisté à la modification substantielle de l'institution familiale notamment avec l'arrivée, en 1968, de la *Loi sur le divorce*²⁰ et, en 1969, de la nouvelle *Loi de l'adoption*²¹.

Puis en 1977, le législateur remplaçait la puissance paternelle par l'autorité parentale²², consacrait l'égalité des père et mère dans ce domaine et une nouvelle dimension importante, soit la déchéance de l'autorité parentale. Enfin, le 2 avril 1981 entrait en vigueur le nouveau droit de la famille. L'un des aspects de cette réforme majeure abolissait la distinction entre les enfants légitimes et naturels. Dorénavant, ils sont égaux devant la loi peu importent les circonstances de leur naissance²³.

-
16. *Town of Montreal West vs. Sarah Hough*, 1931 R.C.S., p. 138. «Dans l'ordre de la nature, la condition des bâtards et des enfants légitimes est la même, puisqu'ils sont tous enfants du même sang; mais elle est inégale dans le droit civil qui prononce contre les bâtards, non seulement, l'incapacité de succéder à leur père mais même de recevoir de lui des dons et des legs considérables; on regarde cette sorte de personne comme n'étant d'aucune famille et n'ayant point de parents; c'est la loi civile qui établit cette différence entre les bâtards et les légitimes; c'est elle seule qui leur impose une peine à cause de la faute de leurs parents.»
 17. Art. 243 C.c.B.C.
 18. L.Q., [1964], ch. 66.
 19. Art. 180 C.c.B.C.
 20. *Loi concernant le divorce*, S.C., 1967-1968, ch. 24, devenu S.R.C., 1970, c. D-8. La première loi sur le divorce est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1968 et fut remplacée par une autre loi en 1986, intitulée *Loi concernant le divorce et les mesures accessoires*.
 21. *Loi de l'adoption*, L.Q. 1969, c. 64, devenu L.R.Q. 1977, c. A-7. Les règles sur l'adoption sont maintenant intégrées au nouveau *Code civil du Québec*, art. 543 à 584. À l'origine, les dispositions sur l'adoption avaient été intégrées au nouveau *Code civil* lors de l'entrée en vigueur de la réforme sur le droit de la famille en 1981 (1980, L.Q. c. 39). Les nouvelles dispositions sur l'adoption étaient entrées seulement le 1^{er} décembre 1982, art. 595 à 632.
 22. *Loi modifiant le Code civil*, Projet de loi 65, sanctionné le 17 novembre 1977, 2^e session, 31^e législature (Québec).
 23. Art 522 C.c.Q. À l'origine, en 1981, le projet de loi 89 sur le nouveau droit de la famille s'intitulait «Loi instituant un nouveau *Code civil* et portant réforme du droit de la famille», L.Q., 1980, c. 39.

Nous sommes loin maintenant du droit romain où, selon les auteurs Ulysse et Martin²⁴, le «*pater familias*» possédait à l'égard de la famille tous les droits et que le «*patria potestas*» était aménagé seulement pour la satisfaction de son titulaire.

La puissance paternelle absolue s'est lentement transformée. Dans un premier temps, les droits du père furent réduits pour être ensuite partagés entre les parents sans pour autant accorder expressément de droits aux enfants. C'était l'époque où la puissance paternelle était essentiellement constituée de droits.

Par la suite, vint avec la réforme de 1981, l'ère de l'autorité parentale fondée, en plus du partage des droits entre les père et mère, sur les devoirs de ces derniers à l'égard de leurs enfants. D'ailleurs, l'article 30 *C.c.B.C.*, devenu l'article 33 *C.c.Q.*, précise depuis que toute décision doit être prise dans l'intérêt de l'enfant. L'autorité parentale devenait, non pas un droit personnel, mais un droit de fonction. En d'autres mots, l'autorité parentale et les droits qui y étaient attachés n'avaient de valeur qu'en fonction des obligations que les parents devaient assumer à l'égard des enfants.

Puis, à cette évolution socio-juridique, vint se greffer la notion de l'exercice de l'autorité parentale dans l'intérêt de l'enfant. Faut-il préciser que l'appréciation de l'exercice de ce droit dans l'intérêt de l'enfant rendait son évaluation difficile puisque le concept de l'intérêt de l'enfant donnait souvent lieu à plusieurs interprétations. La jurisprudence a dû en définir les contours au hasard des situations particulières rencontrées. Mais c'est l'insertion de l'intérêt de l'enfant dans l'exercice de l'autorité parentale qui a donné naissance aux droits des enfants.

B) Les diverses lois sur la protection de la jeunesse

Le *Code civil* régit les droits et obligations en matière familiale, mais il ne peut répondre à toutes les situations dans lesquelles se trouvent un enfant. Il a donc fallu créer des lois particulières pour apporter des correctifs lorsque l'enfant se trouvait dans une situation où son existence était en péril²⁵.

Le 17 juin 1977, le législateur propose une loi, mieux connue sous le nom de «*Projet de loi 24*». La société reconnaissait les besoins de l'enfant en difficulté et cette loi ne connut pas le sort des anciens projets de loi sur la

24. *L'autorité parentale : un droit ou un devoir pour qui?*, prix Charles-Coderre, 1984, éd. Yvon Blais, p. 5.

25. *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1.

jeunesse de 1944, 1972 et 1975 et fut sanctionnée en 1977 et mise en vigueur le 15 janvier 1979.

Cette *Loi sur la protection de la jeunesse*²⁶, reconnaissait l'enfant comme un sujet de droit pour la première fois dans l'histoire législative du Québec. Elle posait de nouveaux principes juridiques, définissait clairement le rôle respectif des divers intervenants et départageait les droits des devoirs tout en précisant à quel moment la sécurité et le développement de l'enfant étaient compromis²⁷. L'intérêt de l'enfant et le respect de ses droits devenaient le fondement des décisions prises à son sujet. Bien qu'il soit sujet de droit, on impose aux adultes, pour assurer efficacement la protection de l'enfant, et compte tenu de son inaptitude pour le faire lui-même, de signaler au directeur de la protection de la jeunesse toute situation susceptible de compromettre sa sécurité ou son développement²⁸.

III. LA FAMILLE INAPTE À PROTÉGER L'ENFANT

Le législateur reconnaît aux parents la responsabilité première d'assumer les soins, l'entretien et l'éducation de leur enfant. Cette obligation découle de notre droit général²⁹ et a été réaffirmé, en avril 1984, dans les principes généraux de la *Loi sur la protection de la jeunesse* à l'article 2.2³⁰.

Il peut arriver que l'enfant se trouve dans une situation requérant l'aide de tiers. S'il existe des problèmes au sein de la famille, il faut d'abord chercher à aider les parents en leur offrant dans leur milieu, les services leur permettant d'assurer les soins, l'entretien et l'éducation de leur enfant. L'intervention extérieure ne doit pas être conçue comme si la collectivité devait assumer la responsabilité de l'enfant, car les parents eux-mêmes peuvent être aptes à garantir sa protection à la condition qu'ils reçoivent une aide appropriée.

Les rôles et les fonctions de la famille ayant été modifiés par l'évolution sociale et juridique, elle est devenue de plus en plus dépendante de la structure globale pour assumer les responsabilités que la société lui attribue. On assiste, toutefois, à un paradoxe étrange; on exige que la famille assume ses responsabilités alors que parallèlement on lui enlève les moyens de les remplir pleinement.

Par ailleurs, quand les parents sont dans une situation de crise ou s'ils rencontrent des problèmes mettant en péril leur propre équilibre familial,

26. L.R.Q., c. P-34.1.

27. *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1., art. 1(c) et 38.

28. *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1, art. 32, 39 et 42.

29. Art. 599 C.c.Q.

30. L.R.Q., c. P-34.1.

l'enfant peut difficilement se fier à eux. Il ressent les effets de ce déséquilibre pour ce qui a trait aux soins, à son entretien ou à son éducation. Aussi l'intervention extérieure doit être accessible de façon à sauvegarder ses divers intérêts.

Si les parents sont la cause de la crise ou du problème de la famille, l'enfant ne peut plus compter sur le père ou la mère, car trop souvent il se retrouve dans une situation d'otage. À l'occasion d'une séparation ou d'un divorce, les parents sont parfois tentés d'utiliser l'enfant comme moyen de pression sur l'autre. Dès lors, la situation de l'enfant doit être examinée et jugée par des tiers.

Si, au sein de sa famille, l'enfant est l'objet d'abus, on peut conclure que le ou les parents qui l'agressent n'agissent pas dans son intérêt et que la situation doit être envisagée en fonction des problèmes du parent. En pareilles circonstances, l'enfant devient une responsabilité collective.

Il est aujourd'hui habituel que l'enfant soit entendu dans une cause qui le concerne. Il est aussi normal qu'il soit accompagné ou assisté lors de sa présence devant les tribunaux. Les adultes doivent, d'ailleurs, être sensibles aux besoins des enfants comme témoins. Il importe de les informer que leur opinion sera exposée, mais que la décision appartient au juge.

IV. L'ENFANT DANS LE CONTEXTE CONTEMPORAIN ET LES PERSPECTIVES D'AVENIR

On entend souvent dire qu'il n'est pas facile d'être parent et aussi qu'il n'est pas facile d'être enfant dans notre contexte contemporain. Prenons l'exemple concret suivant³¹.

Marie et Jean, deux célibataires décident de se marier. Marie devient enceinte et, quelque temps après, une querelle entre les deux conjoints devient «tempête et ouragan» et le couple met fin à son union.

Jean décide d'aller cohabiter avec Sally qui a déjà deux garçons. Pendant cette période, Marie donne naissance à Paul. Un an plus tard, Marie rencontre Jacques qui est lui-même divorcé et père de trois enfants. Ils font vie commune et se marient.

Pendant cette période, Paul a vieilli et il est maintenant âgé de deux ans. Il a maintenant une mère, un père, une belle-mère, un beau-père et cinq demi-

31. Cet exemple a été tiré de : NewsWeeks, Special Editions, Winter/Spring, 1990, p. 38.

frères et soeurs. En plus, il reçoit quatre groupes de grands-parents sans compter les oncles et les tantes et Marie est à nouveau enceinte.

Paul ne peut s'empêcher de constater qu'il a beaucoup de parents, beaucoup de frères et de soeurs, mais il s'interroge sur sa famille. Où est son sentiment d'appartenance? Tel est le drame que rencontrent les enfants et les adolescents d'aujourd'hui. On peut s'inspirer d'un propos du Chanoine Jacques Grand-Maison³² et affirmer que Paul «vit dans un monde où il n'y a plus de minimum de solidarité» et nous pourrions rajouter «de rattachement». De plus, Paul doit, en dépit de son jeune âge, établir des relations avec une foule d'individus ayant pour lui plus ou moins d'intérêt, mais peut-il développer un réel sentiment d'appartenance à un groupe limité, bien identifié et près de lui régulièrement?

Le contexte dans lequel évolue les enfants à l'heure actuelle est très peu sécurisant puisque notre société instable ne cesse de se modifier, allant d'une réforme à l'autre sans jamais en laisser mûrir une seule pour en vérifier l'intérêt.

En 1992, nous entendions parler avec beaucoup d'éclat d'une décision d'un tribunal de la Floride concernant le jeune enfant Grégory Kinsley, âgé de 12 ans. Comme les journalistes le rapportaient³³, l'enfant avait demandé à divorcer de ses parents qu'il accusait de ne pas lui avoir fourni l'affection, la sécurité et la protection dont il avait besoin. Évidemment, le divorce au Québec sanctionne les manquements aux devoirs entre époux et il existe d'autres recours pour l'enfant³⁴. Toutefois, cette décision obtenue des tribunaux par un enfant de 12 ans, laisse perplexe.

On peut se demander comment un enfant peut se voir obliger d'engager une telle procédure devant les tribunaux?... Sommes-nous dans une situation où les adultes démissionnent?... Sous prétexte que les enfants ont des droits, les adultes cessent-ils d'assumer leurs propres responsabilités en laissant aux enfants le soin de saisir les tribunaux? Les parents sont-ils encore en mesure de protéger les divers intérêts de l'enfant autres que les besoins matériels et si oui, ont-ils la possibilité effective et légale de le faire vraiment lorsqu'on ne cesse de dire qu'ils en sont incapables.

Il nous apparaît que nous sommes peut-être en présence d'une «déresponsabilisation» au profit d'une collectivité interventionniste et impersonnelle. Il est peut-être temps, pour les parents, d'assumer à nouveau leurs responsabilités. Si les enfants doivent agir individuellement comme le jeune Grégory l'a fait, il faut

32. Revue Châtelaine, octobre 1992, p. 57.

33. La Presse, le mercredi 7 octobre 1992, p. A-1.

34. Loi sur la protection de la jeunesse, L.R.Q., c. P-34.1, art. 38.

s'inquiéter et se demander quelle sorte de projet de société cette génération transmettra à ses propres enfants.

CONCLUSION

La famille connaît de sérieux problèmes de stabilité et comme le Chanoine Grand-Maison le disait :

«C'est le penseur Jean Fourastier qui dit qu'au vingtième siècle, on a développé des valeurs de créativité, de liberté, d'expression mais on a négligé celles de sécurité et de stabilité, d'inscription dans la durée.³⁵»

Il y a des valeurs fondamentales qu'il faut redécouvrir telles la solidarité familiale dans le sens des droits collectifs de la famille, le sens des responsabilités, l'honnêteté, le sens des valeurs durables et le désir de construire dans une perspective à long terme où l'individualisme des membres d'une famille devra être ramené à un juste équilibre entre la famille et ses membres.

Nous attribuons des droits, nous prévoyons des mécanismes et des structures pour en permettre l'exercice, mais ces droits demeureront-ils des droits fondamentaux devant le spectre des crises économiques qui ne finissent plus, des coupures budgétaires et des choix que la société devra faire? On peut s'interroger sur l'attitude des parents qui désirent modeler l'enfant à partir de leur conception sans tenir compte des dangers qu'elles peuvent représenter pour l'enfant à long terme.

Notre société s'est transformée en passant d'un régime de lois teintées par la morale à une conception fondée exclusivement sur les droits individuels. L'enfant possède maintenant des droits personnels et individuels, mais il a plus que jamais besoin d'une famille, de stabilité, d'une évolution dans un lieu qui lui permettra de grandir et de devenir un citoyen responsable, capable à son tour de transmettre des valeurs familiales où le «*sentiment d'appartenance*» sera prédominant.

Si l'on n'ose plus parler de droit collectif, il faudrait au moins reconnaître que certaines institutions sociales, telle la famille, quelle que soit sa forme, doivent être privilégiées et reconnues. Il importe que la famille redéfinie, qui se situe en interdépendance avec les autres éléments de la société, puisse recevoir le support nécessaire pour mener à terme sa mission.

35. Revue Châtelaine, octobre 1992, p. 58.

Dans les matières familiales touchant les enfants, il faut considérer que la célérité de l'intervention et de l'offre des services est la règle d'or à suivre en évitant la duplication ou la multiplication des interventions. Nous devons prendre conscience que l'enfant a du temps un sens différent et que le non-respect de cette règle est très dommageable pour lui.

Nous ne devrions pas craindre de remettre en question la façon de remplir nos rôles, en tant qu'intervenants, et de reconnaître que dans les matières familiales, l'intervention judiciaire et l'intervention sociale sont complémentaires et essentielles.

Nous devons réfléchir, non pas sur les orientations à prendre, mais sur les moyens que nous pouvons envisager, comme institutions complémentaires, pour entreprendre cette démarche de solidarité collective et de projet de société pour développer avec les enfants, une société dans laquelle la priorité des valeurs aura été repensée et l'amorce d'une solidarité aurait été exprimée, désirée et appliquée.

C'est le défi que doivent relever ensemble les institutions complémentaires sociales et judiciaires.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : ASPECTS JURIDIQUES CONCERNANT LA PREUVE DE L'EXISTENCE
D'ABUS SEXUELS EN MATIÈRE DE PROTECTION DE LA JEUNESSE,
FAMILIALE OU CRIMINELLE

Auteur(s) : Bernard GRATTON
avec la collaboration de Alexandra DRAGOMIR

Revue : RDUS, 1992-1993, volume 23, numéro 2

Pages : 305-359

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13399>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13399>

Page vide laissée intentionnellement.

**ASPECTS JURIDIQUES CONCERNANT LA PREUVE
DE L'EXISTENCE D'ABUS SEXUELS
EN MATIÈRE DE
PROTECTION DE LA JEUNESSE,
FAMILIALE OU CRIMINELLE**

par Bernard GRATTON*
avec la collaboration de Alexandra DRAGOMIR**

Le texte traite de la preuve requise devant les tribunaux (Cour supérieure, Chambre de la jeunesse, Chambre criminelle) lors de plaintes découlant d'agressions sexuelles ou de requêtes pour garde ou droit d'accès auprès d'enfants présumément victimes de telles agressions. Chacun des chapitres est traité de la même façon: la nature ou l'objet du débat, les moyens de preuve, le fardeau de la preuve et la force probante de la preuve. Cette preuve peut être documentaire, testimoniale, par présomption, aveu, rapports d'experts, etc...

This paper deals with the degree of proof required before various courts, including the Superior Court, the Youth Division and the Criminal Division of the Court of Québec in cases involving the sexual abuse of children. Each chapter of the article is divided in a similar fashion and discusses in turn the nature and object of the hearing, the means of proof, the burden of proof and the persuasiveness of the evidence. Proof may be adduced by way of writings, testimony, presumptions, reports of experts, admissions etc....

*. Conférence prononcée par l'Honorable juge Bernard Gratton, Cour supérieure du Québec, Longueuil.

**. La recherche pour rédiger ce document a été effectuée par Me Alexandra Dragomir, grâce à une subvention de la Fondation Charles-Coderre.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	309
CHAPITRE I: LA PREUVE DEVANT LA CHAMBRE DE LA JEUNESSE	310
A) La nature et l'objet du débat	310
B) Bref rappel de la notion d'abus sexuel	312
C) Les moyens de preuve	317
1. La preuve testimoniale	318
a) Le témoin ordinaire	318
i) Le témoin ordinaire adulte	318
ii) L'enfant témoin	320
b) Le témoin expert, l'expertise et la contre-expertise	324
i) Le témoin expert	324
ii) L'expertise et la contre-expertise	330
iii) L'expert désigné par la cour	334
2. La preuve documentaire et matérielle	334
3. La preuve par présomption	336
4. La preuve par aveu	337
D) Le fardeau de la preuve	339
E) La force probante de la preuve	341
CHAPITRE II: LA PREUVE DE L'ABUS SEXUEL DEVANT LA COUR SUPÉRIEURE	345
A) La nature et l'objet du débat	345
B) Les moyens de preuve	348
1. La preuve testimoniale	348
a) Le témoin ordinaire	348
i) Le témoin adulte	348
ii) L'enfant témoin	349
b) Le témoin expert, l'expertise et la contre-expertise	352
2. La preuve documentaire	354
3. La preuve par présomption	355

(1993) 23 R.D.U.S.	<i>Aspects juridiques concernant la preuve de l'existence d'abus sexuels en matière de protection de la jeunesse, familiale ou criminelle</i>	307
--------------------	---	-----

4.	La preuve par aveu	357
C)	Le fardeau de la preuve	357
D)	La force probante de la preuve	358
CHAPITRE III:	LA PREUVE DE L'ABUS SEXUEL DEVANT LA CHAMBRE CRIMINELLE ET PÉNALE DE LA COUR DU QUÉBEC ...	359
A)	L'objet et la nature du débat	360
B)	Les moyens de preuve	361
1.	La preuve testimoniale	362
a)	Le témoin ordinaire	362
i)	Le témoin adulte	362
ii)	Le témoin enfant	363
--	La corroboration	364
--	Le témoignage derrière écran ...	365
--	Le témoignage de l'enfant par enregistrement magnétoscopique	366
b)	Le témoin expert	366
2.	La preuve documentaire et matérielle	367
3.	Les présomptions	368
4.	L'aveu	370
5.	Le fardeau de la preuve	370
6.	La force probante	371
C)	Des perspectives d'avenir et conclusion	372

INTRODUCTION

Les agressions et les abus sexuels commis sur des enfants ont longtemps été considérés comme un sujet tabou et on en a même souvent nié l'existence. Les signalements et les dénonciations ont considérablement augmenté au cours des dernières années¹. D'une part, il semblerait que le nombre d'enfants qui subissent de tels sévices soit plus élevé qu'il ne l'était par le passé et, d'autre part, la population a été davantage conscientisée sur le phénomène et sur les dommages souvent irréparables qui peuvent en résulter pour l'enfant agressé sexuellement.

La prise de conscience collective du phénomène a amené à l'adoption de diverses législations² permettant davantage de circonscrire le phénomène des agressions et des abus sexuels à l'égard des enfants et d'établir des mécanismes permettant d'assurer à l'enfant une certaine protection lorsqu'il se retrouve dans de telles situations.

Les allégations d'abus sexuels peuvent surgir dans diverses circonstances et, par conséquent, exiger une approche différente selon la nature spécifique du cas.

Qu'il s'agisse de la déclaration de compromission en vertu de la *Loi sur la protection de la jeunesse*³, (Chambre de la jeunesse), de conflit sur la garde lors d'instances de séparation ou de divorce (Cour supérieure) ou de la détermination de la culpabilité du présumé agresseur dans le cadre de procédures criminelles (Chambre criminelle et pénale), le défi rencontré par les intervenants et par les tribunaux est sans doute celui d'établir l'existence de l'abus ou de l'agression sexuelle.

Dans le cadre du présent exposé, nous nous proposons de traiter des exigences de la preuve requise devant les différentes instances lorsqu'il y a nécessité d'établir si l'enfant a ou non été victime d'abus sexuels. Nous allons donc analyser la nature et l'objet des débats, les moyens de preuve, le rôle

-
1. Voir, à ce sujet, L. MORIN et C. BOISCLAIR, «*La preuve d'abus sexuel: allégations, déclarations et l'évaluation d'expert*» (1992-93) 23 R.D.U.S. 27.
 2. Notamment, la *Loi sur la protection de la jeunesse* et les divers amendements qui lui ont été apportés au cours des années, dont ceux récemment apportés par le projet de loi 142, *Loi modifiant la Loi sur la protection de la jeunesse*, 1989, L.Q., c. 53, la *Loi C-15*, venue modifier certaines dispositions du Code criminel en matière d'infractions sexuelles et des règles de preuve applicables, dont les dispositions relatives à la corroboration, à la possibilité pour le mineur témoin de témoigner hors de la présence de l'accusé, de la possibilité d'enregistrer le témoignage de la victime sur magnétocassette lorsqu'elle est âgée de moins de 18 ans lors de l'agression sexuelle.
 3. *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c P-34.1, ci-après *L.P.J.*

dévolu à l'expertise et à la contre-expertise, le fardeau de la preuve qui incombe aux diverses parties, et la nature de la force probante de la preuve.

En dernier lieu, nous examinerons quelles pourraient être les perspectives d'avenir et proposerons certaines solutions envisageables relativement aux diverses difficultés identifiées lorsqu'il y a lieu d'établir l'existence d'abus sexuels subis par un enfant.

CHAPITRE I: LA PREUVE DEVANT LA CHAMBRE DE LA JEUNESSE

A) La nature et l'objet du débat

Règle générale, on présume que les titulaires de l'autorité parentale, les parents de l'enfant, sont les plus aptes à veiller sur ses intérêts et à s'occuper de ses besoins⁴.

En vertu de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, l'intervention auprès de l'enfant, dont la sécurité ou le développement est compromis⁵, et auprès de sa famille peut être sociale ou judiciaire. Lors de l'intervention sociale, après évaluation du cas, le directeur de la protection de la jeunesse peut proposer des mesures volontaires à l'enfant et à sa famille⁶. Lorsqu'une telle entente s'avère impossible, le tribunal est saisi du dossier⁷ et il appartiendra au directeur de la protection de la jeunesse de prouver le bien-fondé des motifs de compromission.

La Chambre de la jeunesse⁸, saisie d'une demande de déclaration de compromission, devra décider si la sécurité et le développement de l'enfant sont

-
4. Voir notamment les dispositions des articles 597 et s. du *C.c.Q.*, 2.2, 3, et 4 *L.P.J.* et l'article 39 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, (L.R.Q., c. C-12). Voir également *Rapport de la Commission parlementaire spéciale sur la protection de la jeunesse*, Direction générale des publications gouvernementales du Ministère des Communications, Québec, novembre 1982, p. 54; *Un Québec fou de ses enfants: rapport du groupe de travail pour les jeunes*, Gouvernement du Québec, Ministère de la Santé et des Services Sociaux, 1991.
 5. En effet, rappelons que l'article 2 de la *L.P.J.* prévoit que: «La présente loi s'applique à un enfant dont la sécurité ou le développement est ou peut être considéré comme compromis.» Voir aussi art. 38 et 38.1 *L.P.J.*
 6. Voir C. BOISCLAIR, «L'entente sur les mesures volontaires dans la *Loi sur la protection de la jeunesse*», (1982-83) 13 *R.D.U.S.* 143 à 210. L'auteur étudie en profondeur tous les aspects relatifs aux mesures volontaires. Voir aussi, C. BOISCLAIR «La nature juridique de l'entente sur les mesures volontaires dans la *Loi sur la protection de la jeunesse*» dans *Droit et enfant*, Les Éditions Yvon Blais inc., 1990, p. 123 à 154.
 7. *Ibid.*, 151 à 154.
 8. Suivant la réforme portant sur l'unification des tribunaux provinciaux en 1989, le Tribunal de la jeunesse (antérieurement connu comme la Cour du Bien-être Social) est devenu la Chambre de la jeunesse de la Cour du Québec.

compromis⁹ en donnant à l'enfant, à ses parents et à toute personne voulant intervenir dans son intérêt le droit d'être entendus¹⁰. Les diverses parties impliquées dans le dossier de l'abus sexuel devront être présentes et incluront notamment l'enfant, les père et mère et toute autre personne intéressée¹¹. Chaque partie a le droit d'être représentée par avocat et on doit en désigner un d'office à l'enfant dont les intérêts sont opposés à ceux de ses parents¹².

B) Bref rappel de la notion d'abus sexuel

L'article 38 g) de la *Loi sur la protection de la jeunesse*¹³ prévoit que :

«Aux fins de la présente loi, la sécurité ou le développement d'un enfant est considéré comme compromis :

g) s'il est victime d'abus sexuels ou est soumis à des mauvais traitements physiques par suite d'excès ou de négligence.»

Bien que cette loi ne définisse pas l'abus sexuel, celui-ci a néanmoins fait l'objet de nombreuses interprétations de la part des juges de la Chambre de la jeunesse¹⁴. On peut dégager certaines constantes de la jurisprudence.

9. Le tribunal fera enquête conformément à l'article 77 *L.P.J.* Voir J. MERCIER, «*La procédure applicable en matière de protection de la jeunesse: régime contradictoire, inquisitoire ou mixte?*», (1991-92) 22 R.D.U.S. 369.

10. Art. 6 *L.P.J.*

11. En effet, conformément aux dispositions de l'article 81 *L.P.J.*, «Le tribunal entend les personnes intéressées ainsi que les avocats qui les représentent.» De plus, conformément au deuxième alinéa de cette disposition, le d.p.j., la Commission de protection des droits de la jeunesse et le procureur général peuvent, d'office, intervenir lors de l'enquête et à l'audition, comme s'ils étaient des parties. Il en va également de même pour la personne qui se voit reconnaître le statut de personne intéressée. Par ailleurs, dans le cadre de décisions émanant de la Cour supérieure, on a reconnu que le présumé agresseur de l'enfant, particulièrement lorsqu'il était susceptible d'être affecté par une ordonnance de la Chambre de la jeunesse en matière de protection, avait aussi le droit d'être entendu. À cet effet, voir notamment *Protection de la jeunesse-590*, [1993] R.J.Q. 196 (C.S.); *Protection de la jeunesse-512*, (C.S.), J.E. 91-1371; *Protection de la jeunesse-467*, J.E. 91-44.

12. Art. 80 *L.P.J.*

13. *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1.

14. Voir notamment J.-F. BOULAIS, «*Loi sur la protection de la jeunesse, texte annoté*», 2^e édition, SOQUIJ, 1990, p. 150 et s.; J. A. ULYSSE, «La réponse judiciaire au problème de l'abus sexuel des enfants» dans *L'enfant abusé: psychologie et droit* (1992), Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1992, aux p. 64 à 68; *T.J.: 350-41-000027-85*, Beauce, L. Galipeault-Moisson, 1986-01-06; *T.J.: 200-41-000203-869*, Québec, L. Galipeault-Moisson, 1986-10-20; *T.J.: 760-41-000044-860*, Beauharnois, O. D'Amours, 1987-11-09; *Protection de la jeunesse-329*, [1988] R.J.Q. 1739; *C.Q. 500-41-000809-882*, Montréal, E. Demers, 1988-11-21; *C.Q. 200-41-000351-890*, Québec, Andrée Bergeron, 1989-12-05; *Protection de la jeunesse-380*, [1989] R.J.Q. 1037 (C.Q.); *Protection de la jeunesse-380*, [1990] R.J.Q. 529 (C.S.); *Protection de la jeunesse-443*, C.Q. 520-41-000063-892, Montréal (Kirkland) 1990-04-04, J.E. 90-966. Lorsque la

On doit, en premier lieu, qualifier la nature des gestes posés. S'agit-il de gestes que l'on peut objectivement considérer comme à caractère sexuel¹⁵?

Selon plusieurs, la notion d'abus sexuels comprendrait non seulement les diverses infractions à caractère sexuel prévues au *Code criminel*, mais serait beaucoup plus large¹⁶ et comprendrait, selon le contexte, «l'usage mauvais, excessif ou injuste d'une personne ou d'une chose»¹⁷. De plus, l'abus c'est aussi «toute atteinte à l'intégrité sexuelle d'un enfant»¹⁸. Toutefois, il importe de distinguer entre le comportement de tendresse, telles certaines marques d'affection ou l'acte posé à des fins d'hygiène de l'enfant, à des fins médicales, éducatives ou autres et les autres actes qui ont un caractère nettement sexuel¹⁹. L'abus peut aussi résulter de l'exploitation sexuelle de l'enfant ou le recours à la

preuve s'est avérée insuffisante sur l'existence des abus sexuels, mais qu'elle indiquait d'autres motifs justifiant une déclaration de compromission, le tribunal n'a pas hésité à déclarer la compromission afin d'assurer à l'enfant la protection nécessaire. À cet effet, voir notamment: *T.J.: 500-41-000567-860*, Montréal, André Saint-Cyr, 1986-09-25 confirmé par *C.S.: 500-24-000051-861*, Marcel Belleville, 1987-09-22.

15. Voir «*Loi sur la protection de la jeunesse, texte annoté*», *supra*, note 14, p. 152, alors qu'on réfère à la décision de la Cour suprême du Canada dans *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293, où la cour précisait en quoi consistait une agression sexuelle. Selon la cour, un élément important de l'infraction constitue la nature sexuelle de l'acte reproché. En l'occurrence, il s'agit d'un test objectif, en ce que l'on doit se demander si une personne raisonnable, en regard des circonstances, aurait été en mesure de percevoir le caractère sexuel de l'agression. Voir notamment *Protection de la jeunesse-443*, C.Q. 520-41-000063-892, Montréal (Kirkland), 1990-04-25, J.E. 90-966.

16. Voir notamment *Loi sur la protection de la jeunesse, texte annoté, supra*, note 14, p. 153; «*L'abus sexuel et l'agression sexuelle: l'un peut-il exister sans l'autre?*», Texte préparé en vue d'une présentation à la journée d'étude de l'Association des avocats de la défense, Montréal, 1er avril 1993. Voir notamment *T.J.: 200-41-000003-814*, Québec, 1981-06-29; où le tribunal conclut que le fait pour le père d'avoir procédé à des attouchements sur la vulve de l'enfant, par dessus de son pantalon, ne pouvait en l'espèce être considéré comme constituant un abus, puisque n'ayant pas eu pour but de procurer une stimulation sexuelle. Voir également *Protection de la jeunesse-380*, [1990] R.J.Q 529 (C.S.) où l'on conclut que, malgré la connotation sexuelle des gestes reprochés à la mère à l'égard de son enfant, ces derniers ne sauraient être considérés comme constituant des abus sexuels mais devraient plutôt être assimilés à des marques d'affection d'une mère envers son enfant; *Protection de la jeunesse-568*, C.Q., R.D.F. [1992] 707; 200-41-000048-92, Québec, J.E. 92-1372; C.Q.: 500-41-000201-924, Montréal, 1992-09-25; C.Q. 520-41-000144-882 et autre, Montréal, 1993-04-07.

17. «*Loi sur la protection de la jeunesse annotée*», *supra*, note 14, p. 153, faisant référence aux décisions dans *T.J.: 250-41-000020-79 et autres*, Kamouraska, 1980-01-16; *T.J.: 755-41-000002-83*, Iberville, 1983-09-22. Par ailleurs, Me Boulais souligne que les tribunaux ont davantage retenu trois concepts permettant de cerner la notion d'abus, soit: la gratification, la domination et les normes sociales relatives au développement de l'enfant.

18. *T.J. 500-41-000809-882*, Montréal, 1988-11-21.

19. *Protection de la jeunesse-329*, [1988] R.J.Q. 1739. Voir par exemple *Protection de la jeunesse-558*, C.S. 450-24-000001-914, Saint-François, 1992-05-15, J.E. 92-1123.

domination pour obliger l'enfant à se soumettre à une relation sexuelle inappropriée à son âge²⁰.

L'une des définitions longtemps suivie peut être résumée en ces termes :

«L'enfant abusé sexuellement est celui envers qui une personne pose des gestes d'ordre sexuel qui sont définitivement non appropriés en raison de son âge et de son développement; ces gestes peuvent procurer une gratification sexuelle et porter atteinte à l'intégrité personnelle de l'enfant.»²¹

Plus tard, en 1989, on a tenté d'éliminer de cette définition le critère de la gratification, porteuse de certaines ambiguïtés quant à la preuve d'intention requise:

«...les abus sexuels comprennent essentiellement les gestes d'ordre sexuel inappropriés en raison de l'âge et du développement de l'enfant»²²

Au cours de la même année, la Chambre de la jeunesse, exprime les mêmes réserves à propos du critère de la gratification lorsqu'elle affirme dans un jugement rendu en décembre 1989 que:

20. Voir notamment *«Loi sur la protection de la jeunesse, texte annoté»*, *supra*, note 14, p. 154-155. Voir également, *C.Q. 520-41-000144-882 et autre*, Montréal, 1993-04-07, où le tribunal, saisi d'une demande de révision où sont allégués des abus sexuels de la part de la mère à l'égard de son fils adolescent âgé de 17 ans, conclut qu'il n'y a pas eu agression, puisque les deux parties étaient consentantes. Toutefois, la nature des gestes posés et le contexte dans lesquels ces rapports se sont répétés peuvent être assimilés à des attouchements sexuels qu'une personne en autorité pose sur un adolescent ou qu'elle l'y incite à poser, infraction par ailleurs prévue par l'article 153 *C.cr.* En l'occurrence, le tribunal fut d'avis que dans la mesure où ce type de comportement est réprimé par le Code criminel, à plus forte raison doit-il être considéré comme constituant un comportement compris dans la définition de ce que constitue un abus sexuel.

21. *Protection de la jeunesse-380*, [1989] R.J.Q. 1037, p. 1047. Bien que cette décision fut renversée en appel dans *Protection de la jeunesse-380*, [1990] R.J.Q. 529, il n'en demeure pas moins qu'on a suivi la décision renversée pour déterminer si l'enfant avait été l'objet d'abus sexuels de la part de sa mère, alors qu'on affirme que s'il n'y a pas de gratification sexuelle, au sens où cette expression a été employée par le Comité de la protection de la jeunesse dans sa définition de l'abus sexuel, il ne peut y avoir d'abus sexuel. En effet, de l'avis de la cour (p. 534): «Nous croyons que la preuve ne révèle pas une gratification d'ordre sexuel, mais bien une marque d'affection qu'une petite fille de cet âge aime bien recevoir de la part de sa mère, dans les circonstances telles que décrites plus loin par le témoignage de la mère.»

22. Citée dans *«La réponse judiciaire au problème de l'abus sexuel des enfants»*, *supra*, note 14, p. 66. Il s'agirait là de la définition d'abus sexuel couramment suivie par la jurisprudence de la Chambre de la jeunesse.

«Le mot "gratification" signifie accorder une faveur, une récompense, et nous soumettons avec déférence pour l'opinion contraire que ce mot ne correspond pas à la réalité d'un abus sexuel à l'égard d'un enfant...

Il s'agit d'une preuve irréaliste, impossible à obtenir dans la majorité des cas...

Nous soumettons, avec déférence pour l'opinion contraire, que la gratification d'ordre sexuel est bien souvent absente de l'abus sexuel, que celui-ci provoque plus généralement des traumatismes et des perturbations chez l'enfant.

La soussignée croit que les abus sexuels comprennent essentiellement des gestes d'ordre sexuel, inappropriés en raison de l'âge et du développement de l'enfant. L'intention de l'abuseur pourrait ne pas être fautive et le juge s'inspirera des valeurs sociétales généralement acceptées.»²³

Enfin, on a comparé les exigences en droit pénal avec celles en matière de protection de la jeunesse en affirmant que:

«[...] Exiger, en matière de protection, que la définition d'abus sexuel comporte obligatoirement la notion de gratification sexuelle, c'est être plus sévère qu'en matière pénale puisque ceci revient à exiger la preuve que le but poursuivi par l'abuseur était la stimulation sexuelle.

Les notions "d'agressions" et "d'abus sexuels" telles qu'interprétées par la jurisprudence sont, à notre avis, très similaires et, par voie de conséquence, les propos du juge McIntyre dans l'arrêt Chase devraient servir de guide en matière de protection de la jeunesse.»²⁴

Il appert de l'état de la jurisprudence que la définition de l'abus sexuel, en matière de protection de la jeunesse, n'est pas encore définitive. On semble au moins s'accorder sur certains des éléments essentiels qui devraient être compris dans une telle définition, à savoir qu'il s'agirait de gestes à caractère

23. C.Q.: 200-41-000351-890, Québec, 1989-12-05, Louise Galipeault-Moisán, citée dans *«Loi sur la protection de la jeunesse, texte annoté»*, supra, note 14, p. 159; voir également *Protection de la jeunesse-534*, C.Q. 200-41-000098-91, 1991-12-17, J.E. 92-475. Dans le document *«L'abus sexuel et l'agression sexuelle: l'un peut-il exister sans l'autre?»*, supra, note 16, l'honorable juge Elaine Demers conclut qu'en dépit de la décision de la Cour supérieure dans *Protection de la jeunesse-380*, [1990] R.J.Q. 529, qui fait de la gratification sexuelle un élément essentiel de la notion d'abus, il n'en demeure pas moins que les juges de la Chambre de la jeunesse ne considèrent pas la notion de gratification comme étant essentielle pour leur permettre de conclure à l'existence d'abus sexuels.

24. *«L'abus sexuel et l'agression sexuelle: l'un peut-il exister sans l'autre?»*, supra, note 16, p. 17 à 18.

sexuel posés sur un enfant, jugés inappropriés en raison de son âge et de son développement²⁵.

Rappelons qu'il n'est pas essentiel que les abus allégués soient contemporains. La preuve que le développement ou la sécurité de l'enfant ait été et soit toujours compromis en raison des conséquences des abus subis, même lorsque ces derniers ont cessé, peut suffire pour conclure à une situation de compromission²⁶.

C) Les moyens de preuve

Le tribunal, qui procède lui-même à l'enquête, peut poser des questions même s'il s'agit d'une enquête revêtant la forme judiciaire²⁷. Il appliquera de façon générale, en dépit du caractère limitatif de l'article 85 de la loi²⁸, les règles du *Code de procédure civile*²⁹, ainsi que les mêmes règles de preuve applicables à toute autre matière civile.³⁰

25. Voir toutefois la définition élaborée par Jacques Ulysse dans «La réponse judiciaire au problème de l'abus sexuel des enfants», *supra*, note 14, p. 68: «Toute activité à caractère sexuel où un geste est posé par une personne donnant ou recherchant une stimulation sexuelle; où l'enfant, ou l'adolescent est incité à participer par manipulation affective, physique, matérielle ou usage d'autorité ou de force; alors que l'abuseur a un lien de consanguinité avec la victime, ou qu'il est en position de responsabilité, d'autorité ou de domination avec elle; ou que la victime est en situation de dépendance vis à vis cette personne; qu'il y ait ou non évidence de lésion, de traumatisme physique, peu importe le sexe des personnes impliquées.»

26. Voir notamment *T.J. : 500-41-000892-85*, Montréal, 1986-04-07; *C.S. : 500-24-000008-853*, Montréal, Luc Parent, 1986-02-17; *C.Q. : 550-41-000057-89*, Hull, 1989-05-31; *Protection de la jeunesse-538*, C.Q. 540-41-000046-911. Laval, 1992-02-14, J.E. 92-648

27. Art. 77 *L.P.J.*. Voir à ce sujet «*La procédure applicable en matière de protection de la jeunesse: régime contradictoire, inquisitoire ou mixte?*», *supra*, note 9, p. 402 et 407. Voir notamment Andrée RUFFO, «Le rôle du juge en matière de protection», dans *Les enfants devant la justice*, Éditions Yvon Blais Inc., 1990, p. 25-44; *Loi sur la protection de la jeunesse, texte annoté*, *supra*, note 14, p. 262 et s.; C. TREMBLAY, «Les déclarations des enfants en bas âge au sujet des abus sexuels dont ils ont été victimes: une preuve admissible par exception», (1989) 30 *Les Cahiers de Droit*, 257; *Protection de la jeunesse-235*, [1987] R.J.Q. 485; *Protection de la jeunesse-264*, T.J. : 460-41-000059-865, Bedford, 1987-02-04, J.E. 87-652.

28. Voir, à ce sujet, l'article 85 *L.P.J.*, dans J. MERCIER, *supra*, note 9, p. 394 à 402.

29. Tel qu'il appert de l'article 85 *L.P.J.*: «Les articles 2, 14 à 20, 46, 49 à 54, 279 à 300 et 302 à 331 du Code de procédure civile (chapitre C-25) s'appliquent devant le tribunal en autant qu'ils ne soient pas incompatibles avec les dispositions de la présente loi.» En l'espèce, ces dispositions traitent, entre autre, de la marche de l'instruction, de l'ajournement, de l'audition des témoins et de la production du rapport médical.

30. Ainsi que le souligne L. DUCHARME dans *Précis de la Preuve*, 4^e édition, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1993, p. 8, «Les règles de preuve énoncées au Code civil ont une portée générale et s'appliquent dans tous les litiges de nature civile dont la solution dépend d'une loi provinciale». Voir notamment *C.Q. : 350-41-000032-899*, Beauce, 1989-12-13.

Le fardeau de la preuve repose donc sur la partie requérante, qui devra établir, selon la règle de la prépondérance de la preuve, prouver que la sécurité ou le développement de l'enfant est compromis. Dès la preuve de l'abus sexuel établie, l'article 38 de cette loi crée une présomption de compromission³¹. Il va sans dire que dans un tel cadre, la preuve testimoniale ainsi que la preuve par témoin-expert jouent un rôle prédominant.

1. La preuve testimoniale

La preuve testimoniale, apportée par témoin devant le tribunal, peut se définir comme suit:

«une déclaration par laquelle une personne affirme l'existence d'un fait qu'elle a perçu par ses propres sens. Sauf dans des cas exceptionnels, cette déclaration est faite oralement devant le tribunal. Un témoin peut également être contraint de produire un document ou un objet en sa possession.»³²

Pour sa part, le professeur Ducharme dit la même chose lorsqu'il écrit que:

«une déclaration faite sous serment dans une instance conformément aux règles du Code de procédure civile par laquelle une personne affirme l'existence de faits dont elle a eu personnellement connaissance.»³³

a) Le témoin ordinaire

i) Le témoin ordinaire adulte

En principe, toute personne est considérée apte à rendre témoignage³⁴. Toutefois, cette règle prévoit trois exceptions: les personnes souffrant d'une incapacité physique ou mentale, l'enfant en bas âge qui n'est pas suffisamment développé pour rapporter les faits ou qui ne comprend pas l'obligation de dire la vérité et le huissier.³⁵ Toute personne apte à témoigner peut être contrainte à le faire.³⁶

31. Art. 38 (est compromis) et 38.1 (peut être compromis) *L.P.J.*

32. J.-C. ROYER, *«La preuve civile»*, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1987, p. 164.

33. L. DUCHARME, *«Précis de la preuve»*, 2^e édition, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1982, p. 87 et s.

34. Art. 295 *C.p.c.*

35. *«La preuve civile»*, *supra*, note 32, p. 183.

36. Voir notamment *Protection de la jeunesse-258*, [1987] R.J.Q. 1223, où le tribunal, saisi d'une objection relative à l'assignation des enfants comme témoins en vient à la conclusion que les enfants sont non seulement aptes à témoigner, mais qu'ils seraient également contraignables. Voir, toutefois, *T.J.*: 460-000012-872, Bedford, 1987-11-10, où le tribunal

Le témoin ordinaire est un témoin des faits et ce n'est qu'exceptionnellement qu'il exprime son opinion (par exemple lorsqu'il y a lieu d'établir l'âge, le caractère ou la condition physique d'une personne ou d'identifier une écriture)³⁷. Par conséquent, il ne doit témoigner que sur les faits dont il a personnellement eu connaissance.

«La valeur probante de la preuve testimoniale relève de l'appréciation du juge de première instance.»³⁸ En principe, un seul témoin pourrait suffire pour établir les faits³⁹. Hormis les cas prévus par la loi, la corroboration n'est pas exigée⁴⁰, mais le juge n'est pas tenu de croire un témoin qui n'a pas été contredit⁴¹. La preuve testimoniale peut parfois s'avérer contradictoire, auquel cas le juge devra en évaluer la valeur en tenant compte de la quantité et surtout de la qualité des témoignages entendus. En l'espèce, certains facteurs, dont les liens de parenté ou d'alliance et l'intérêt du témoin, peuvent influencer le juge dans l'appréciation de la crédibilité des témoins.⁴²

Le témoin ordinaire pourrait donc être n'importe quelle personne ayant eu une connaissance personnelle des faits. Dans les litiges concernant l'abus sexuel, il pourrait, notamment, s'agir de l'enfant, de ses parents, de ses soeurs ou ses frères, d'un membre de la parenté élargie, de moniteurs de garderie, de voisins, de professeurs, d'intervenants sociaux, de professionnels de la santé, de psychologues, en rappelant que chacun ne peut témoigner que de ce qu'il a «vu ou entendu».

ii) L'enfant témoin

L'enfant peut donc être appelé à témoigner. Toutefois, les règles régissant son témoignage diffèrent de celles applicables au témoin ordinaire⁴³.

En matière de protection de la jeunesse, le témoignage des enfants, son caractère contraignant et l'admissibilité de leurs déclarations antérieures relèvent

a décidé que de permettre à une enfant âgée de 6 ans d'être contrainte à témoigner et, par conséquent, de s'exposer au contre-interrogatoire irait à l'encontre de son intérêt. Voir également «*Les déclarations des enfants en bas âge au sujet des abus sexuels dont ils ont été victimes: une preuve admissible par exception*», *supra*, note 27, p. 264 à 266.

37. «*Précis de la preuve*», *supra*, note 33, p. 88.

38. «*La preuve civile*», *supra*, note 32, p. 168.

39. Art. 293 C.p.c.

40. Rappelons que suivant la règle édictée à l'article 301 C.p.c., le témoignage d'un enfant non assermenté doit être corroboré et que l'on ne saurait fonder un jugement sur la foi de ce seul témoignage. Toutefois, tel qu'il appert des articles 85.1 et s. *L.P.J.*, en matière de protection, on n'exige pas que le témoignage de l'enfant non assermenté soit corroboré.

41. «*La preuve civile*», *supra*, note 32, p. 168.

42. *Ibid.*, p. 169.

43. *Loi modifiant la Loi sur la protection de la jeunesse*, L.Q., 1989, c. 53.

maintenant de nouvelles dispositions⁴⁴ qui apportent une solution à «l'épineuse question du oui-dire»⁴⁵.

Le législateur a cherché à faciliter la preuve des situations de compromission de l'enfant et, en particulier, celle de l'abus sexuel. Cependant, l'admissibilité de ses déclarations antérieures constitue l'exception et ne le sera que lorsque l'enfant est considéré comme inapte à témoigner. En effet, comme le tribunal le souligne, «dispenser un enfant apte à témoigner constitue donc une mesure exceptionnelle à sa contraignabilité.»⁴⁶

L'admission des déclarations antérieures de l'enfant dépend donc de la décision préalable de considérer l'enfant comme inapte à témoigner et de ce fait non contraignable. À cette fin, le tribunal doit faire une enquête préalable pour vérifier l'inaptitude⁴⁷.

Les dispositions relatives à l'aptitude à témoigner de l'enfant se retrouvent aux articles 85.1 et 85.2 *L.P.J.* En l'espèce, on présume que l'enfant, âgé de 14 ans et plus, est apte à témoigner, s'il est en mesure de prêter serment⁴⁸,

44. Art. 85.1 à 85.6 *L.P.J.*

45. Pour un portrait de la situation qui prévalait en matière de l'admissibilité en preuve des déclarations extra-judiciaires (oui-dire) d'enfants en bas âge relativement aux abus sexuels dont ils auraient été victimes, voir notamment: L. DUCHARME, «*La prohibition du oui-dire et les déclarations des enfants en bas âge au sujet des abus sexuels dont ils auraient été victimes*», texte d'une communication présentée en mai 1987; «*Les déclarations des enfants en bas âge au sujet des abus sexuels dont ils ont été victimes: une preuve admissible par exception*», *supra*, note 27; C. BOIES, «*Réflexions sur les nouvelles dispositions de la Loi sur la protection de la jeunesse touchant le témoignage des enfants et la recevabilité des déclarations extrajudiciaires d'enfants*» dans «*Droit des enfants*», Les Éditions Yvon Blais inc., 1990, p. 61-92; C. DUBREUIL, *Le témoignage des enfants en droit pénal et en droit civil*, Les Éditions Thémis, 1991; L. MORIN et C. BOISCLAIR, *supra*, note 1, p. 43 à 47.

46. Il n'existe pas moins de six écoles sur cette question appliquées par la Chambre de la jeunesse. Voir notamment sur cette question: *Protection de la jeunesse-186*, T.J.: 500-41-000316-854 et autre, Montréal, 1986-06-07, J.E. 86-150; T.J.: 755-41-000012-84, Iberville, 1985-04-18; *Protection de la jeunesse-207*, T.J. 235-41-000004-859 et autre, Frontenac, André Sirois, 1986-02-20, J.E. 86-384; *Protection de la jeunesse-216*, [1986] R.J.Q. 2233; T.J.: 540-41-0000870857, Laval, 1986-04-22; *Protection de la jeunesse-256*, [1987] R.J.Q. 1207; *Protection de la jeunesse-235*, [1987] R.J.Q. 485; *Protection de la jeunesse-314* [1988] R.J.Q. 1060 (C.S.). Rappelons que dans *Protection de la jeunesse-314*, la Cour supérieure fut d'avis qu'il y avait lieu de reconnaître une exception à la règle prohibant le oui-dire dans le cas des enfants d'âge tendre à condition qu'il y ait nécessité et qu'il y ait des indicateurs corroborants fiables. Une telle déclaration, une fois jugée admissible en preuve, ferait preuve de son contenu. *Protection de la jeunesse-434*, [1990] R.J.Q. 1190, 1193.

47. L. MORIN et C. BOISCLAIR, *supra*, note 1, p. 37 à 40. Voir notamment la décision dans *Protection de la jeunesse-492*, C.Q.: 500-41-001109-894, Montréal, 1991-02-28, J.E. 91-829.

48. Voir notamment *Protection de la jeunesse-471*, [1991] R.J.Q. 564. Voir toutefois l'avis exprimé par Me C. Boies dans C. BOIES, «*Réflexions sur les nouvelles dispositions de la Loi sur la protection de la jeunesse touchant le témoignage des enfants et la recevabilité des*

à moins que sa condition physique ou mentale ne l'empêche de rapporter les faits dont il a eu la connaissance.

Pour celui âgé de moins de 14 ans, il peut être considéré étant apte à témoigner si, de l'avis du tribunal, il comprend la nature du serment ou de l'affirmation solennelle. Dans les deux cas, l'enfant sera un témoin contraignable⁴⁹.

Enfin, si l'enfant, âgé de moins de 14 ans, ne comprend pas la nature du serment ou de l'affirmation solennelle, mais s'il comprend néanmoins le devoir de dire la vérité et s'il est capable de rapporter les faits, on peut recevoir son témoignage.

Notons que la corroboration n'est pas requise pour l'enfant admis à témoigner. En l'occurrence, le tribunal pourrait donc conclure à la compromission en se fondant uniquement sur le seul témoignage de l'enfant apte à témoigner⁵⁰.

L'enfant apte à témoigner⁵¹ peut en être dispensé, à titre exceptionnel, lorsque l'obligation de témoigner pourrait porter un préjudice à son développement mental ou affectif⁵². En effet,

«... la discrétion judiciaire doit s'appliquer en considérant qu'il s'agit d'un pouvoir exceptionnel, même si le critère d'appréciation (préjudice mental ou affectif) est en soi très large. Sinon, les demandes de dispense pourraient se voir automatiquement accordées, ce qui n'est pas l'interprétation que nous croyons pouvoir donner à ces nouvelles dispositions adoptées justement pour favoriser le témoignage des enfants.»⁵³

déclarations extrajudiciaires d'enfants», supra, note 45, p. 71, où l'auteur affirme que la loi crée une présomption légale quant à l'inaptitude à témoigner de l'enfant âgé de moins de 14 ans.

49. Art. 85.3 *L.P.J.*

50. Voir notamment *Protection de la jeunesse-501*, [1991] R.J.Q. 1800.

51. Tant l'enfant dont l'aptitude est constatée en vertu de l'article 85.1 *L.P.J.* que celui dont la capacité de rendre témoignage est reconnue en vertu de l'article 85.2 serait contraignable au sens de l'article 85.3 *L.P.J.* Voir *C.Q.200-41-000157-85*, Québec, 1989-10-17 où l'on peut lire: «*L'enfant âgé de 14 ans ou plus est apte à témoigner sous serment ou sous affirmation solennelle. L'enfant âgé de moins de 14 ans est aussi apte à témoigner s'il comprend la nature du serment ou de l'affirmation solennelle ou à défaut d'une telle compréhension, s'il est capable de rapporter les faits dont il a eu connaissance et qu'il comprend le devoir de dire la vérité.*»

52. Art. 85.3 *L.P.J.*

53. *Protection de la jeunesse-434*, [1990] R.J.Q. 1190, 1193.

Parmi les divers motifs retenus pour déclarer l'enfant inapte à témoigner, signalons le jeune âge de l'enfant⁵⁴, son incapacité de rapporter les faits en raison de l'anxiété et de l'impulsion agressive⁵⁵ ou encore s'il souffre d'incontinence fécale, a des phases d'agitation, des réactions émotives confuses, ou s'évade dans la fantaisie⁵⁶.

Terminons sur le témoignage de l'enfant en soulignant qu'il peut exceptionnellement être entendu hors de la présence de toute partie à l'instance lorsque les circonstances le justifient, comme le fait pour l'enfant de se sentir intimidé par la présence du présumé agresseur ou le refus de témoigner devant ses parents⁵⁷. Dans de telles circonstances, le procureur de l'enfant pourra néanmoins demeurer présent lors du témoignage de l'enfant. Une personne exclue lors d'un tel témoignage pourra toutefois prendre connaissance de son contenu à moins d'indication contraire de la part du tribunal⁵⁸.

L'enfant qui ne rencontre les exigences requises par la loi ne peut témoigner. Sa déclaration antérieure à l'instance pourra conséquemment être admise pour faire preuve de son contenu à condition, toutefois, qu'elle soit corroborée par d'autres éléments de preuve qui en confirment la fiabilité⁵⁹. En l'occurrence, les règles définies en matière de corroboration⁶⁰ par la jurisprudence antérieure continuent de s'appliquer afin d'établir la fiabilité des déclarations faites par l'enfant⁶¹.

54. *Protection de la jeunesse-513*, C.Q. 460-41-000001-917, Bedford, 1991-08-13, J.E. 91-1409.

55. *Protection de la jeunesse-471*, [1991] R.J.Q. 564.

56. *Protection de la jeunesse-514*, C.Q.500-41-000078-918, Montréal, 1991-08-13, J.E. 91-1410.

57. Art. 85.4 *L.P.J.*

58. Voir notamment *Protection de la jeunesse-492*, C.Q. 500-41-001109-894, Montréal, 1991-02-28; J.E. 91-829. Bien qu'il s'agisse d'une décision rendue avant les modifications apportées par le P.L. 142, soulignons que dans *T.J. 500-41-000246-879 et autres*, Montréal, 1987-05-20, le tribunal s'est déplacé au B.S.S. de l'Est pour entendre le témoignage des deux enfants, ces derniers étant plus à l'aise dans un décorum davantage adapté à leurs besoins.

59. Art. 84.5 *L.P.J.*

60. Voir notamment *Protection de la jeunesse-409*, [1989] 2007; C.S.: 500-24-000024-819, Montréal, 1982-05-17, où le tribunal définit la corroboration en matière civile de la manière suivante: «La preuve apportée en corroboration doit donc tendre, en matière civile, à appuyer la véracité du témoignage et non pas, comme en matière criminelle, à couvrir chaque élément de l'infraction... Il y a donc corroboration, en matière civile, lorsqu'on réussit à établir la preuve d'un élément important du témoignage à corroborer de sorte que le tribunal puisse conclure à la véracité de tout le témoignage et par là, apprécier sa force probante...»

61. Voir notamment *Protection de la jeunesse-459*, C.Q.: 200-41-00317-89, Québec, 1990-08-08, J.E. 90-1544; *Protection de la jeunesse-427*, C.Q. 200-41-000157-85, Québec, 1989-10-24, J.E. 90-7; *Protection de la jeunesse-513*, C.Q.: 460-41-000001-917, Bedford, 1991-08-13, J.E. 91-1409; *Protection de la jeunesse-468*, [1991] R.D.F. 94, J.E. 91-154; *Protection de la jeunesse-471*, [1991] R.J.Q. 564; confirmé à C.S. 500-24-000004-928, Montréal,

La déclaration antérieure de l'enfant peut être prouvée par le témoignage de ceux qui en ont personnellement eu connaissance ou, lorsqu'elle a été enregistrée sur bande magnétique ou un autre moyen d'enregistrement fiable, par la preuve de ce moyen, à la condition qu'on établisse son authenticité. Dans l'hypothèse où l'un des témoins de telles déclarations serait lui aussi un enfant, les dispositions indiquées plus haut pour déterminer s'il est apte à témoigner s'appliqueront à ce dernier.

b) Le témoin expert, l'expertise et la contre-expertise

«L'augmentation du nombre des enfants impliqués dans les procès concernant des abus sexuels, a amené les plaideurs à faire appel à des experts, psychologues ou psychiatres, afin d'expliquer les symptômes des enfants abusés, les raisons pour lesquelles ils ne portent pas plainte dans bien des cas et leur comportement général.»⁶²

i) Le témoin expert

Dans le cadre de l'enquête relative à l'abus sexuel, la preuve d'expert est souvent utilisée par la partie requérante pour en établir l'existence. Parfois, la preuve viendra corroborer les déclarations antérieures faites par l'enfant et, dans d'autres cas, elle permettra de démontrer de façon non équivoque l'existence d'un tel abus.

Contrairement au témoin ordinaire, qui est un témoin des faits et qui ne peut qu'exceptionnellement exprimer son opinion, le témoin expert pourra, puisque c'est là l'essence même de son rôle,⁶³ émettre son opinion sur les faits qu'il a lui-même observés ou qui ont été prouvés devant la cour⁶⁴.

Ainsi que l'affirme le professeur Royer,

«Le témoin expert est celui qui possède une compétence spécialisée dans un secteur donné d'activité et qui a pour rôle d'éclairer le tribunal et de l'aider dans l'appréciation d'une preuve portant sur des questions scientifiques ou techniques. Cette définition atteste l'existence de deux conditions préalables à la recevabilité de ce témoignage, soit l'utilité de l'expertise et la qualification du témoin.

1993-02-19; *Protection de la jeunesse*-584, [1993] R.J.Q. 274. Voir également P. DE BOUCHERVILLE, «Abus sexuel d'enfants: réponse judiciaire», *J. du B.*, 1993-03-01, p. 23.

62. *«Le témoignage des enfants en droit pénal et en droit civil»*, *supra*, note 45, p. 87.

63. Voir notamment R. c. *Abbey* (1982) 2 R.C.S. 24.

64. ROYER, *supra*, note 32, p. 171.

*Les règles générales relatives à l'admissibilité de la preuve
testimonial s'appliquent au témoin expert.»⁶⁵*

La recevabilité du témoignage de l'expert dépend donc de sa nécessité et de sa pertinence en regard des faits soumis au tribunal⁶⁶. Le recours à l'expert implique que le litige à résoudre porte sur des questions d'une certaine complexité et que, en l'absence du témoin expert, le tribunal ne pourrait comprendre les faits ou les interpréter de façon appropriée⁶⁷.

La partie qui désire faire témoigner un témoin expert devra, au préalable, établir l'objet de son témoignage, ses compétences et plus particulièrement son expérience ainsi que le degré de ses connaissances (titres, diplômes, publications, étendue des études et recherches, expérience pratique, etc.) pour le faire qualifier à ce titre⁶⁸. Elle pourrait en être dispensée sauf si les autres parties consentent à reconnaître sa qualité d'expert. Le témoin expert peut être disqualifié lorsqu'il est manifeste qu'il manque d'expérience ou qu'il ne possède pas les compétences requises⁶⁹. Si l'une des parties fait défaut de s'objecter au témoignage de l'expert, elle ne peut, par la suite, en demander l'exclusion, sauf

65. «*La preuve civile*», *supra*, note 32, p. 169. Voir également LANDRY, «*De la preuve par expert: la jurisprudence*», (1980) 40 R. du B. 652, p. 659, quant aux qualités exigées de l'expert. Selon Landry, l'expert doit être:

« 1. expérimenté;

2. impartial;

3. admis à fournir son opinion si elle n'est pas frivole et à condition qu'elle soit fondée sur des faits pertinents;

4. cependant soumis aux mêmes critères de force probante et de crédibilité que le témoin ordinaire.

C'est donc à cause de sa formation particulière et en rapport avec le cas en litige que l'expert est amené à fournir son opinion, fondée sur une expérience vécue, de façon impartiale.»

66. Voir notamment *Lortie c. R.*, (1986) R.J.Q. 2787, où la Cour d'appel rappelle que toute expertise pertinente au débat est admissible en preuve à moins que sa recevabilité ne soit interdite par une quelconque disposition législative. Voir au même effet, *C.Q.*: 540-41-0000822-890, Montréal (Laval), 1990-02-15, où le tribunal déclare inadmissible, vue l'absence d'une autre preuve, la preuve d'un expert visant à établir que l'enfant présentait le profil d'une enfant abusée.

67. Voir notamment *Protection de la jeunesse-323*, [1988] R.J.Q. 1473; *Protection de la jeunesse-530*, [1992] R.J.Q. 814.

68. En ce qui concerne les qualités requises de l'expert appelé à témoigner en matière d'abus sexuels, voir notamment John C. YUILLE, «*L'expert et la loi*», conférence présentée dans le cadre du Stage de formation spécialisée sur les abus sexuels envers les enfants, à Montebello, du 22 au 26 novembre 1987.

69. Voir toutefois dans *Protection de la jeunesse-79*, (T.J.: 200-41-000104-802, Québec, 1982-12-07, J.E. 83-56, où le tribunal a rejeté une objection à l'encontre du témoignage d'un médecin généraliste, alléguant qu'il n'avait pas une connaissance spécialisée en psychiatrie. En l'occurrence, le tribunal fut d'avis qu'il y avait néanmoins lieu de permettre à ce témoin de répondre aux questions concernant les tendances psychopathiques de l'enfant.

qu'elle pourra en attaquer la valeur probante, notamment lors du contre-interrogatoire⁷⁰.

Le témoin expert jouit d'un statut particulier⁷¹ qui découle des attentes qu'on entretient à son égard et du rôle qu'il est appelé à remplir auprès du tribunal. Pour ces raisons, le témoin-expert n'est pas obligé de quitter la salle d'audience lorsque l'exclusion des témoins est ordonnée par le tribunal⁷².

L'expert doit donner son avis. En effet,

*«Le témoin expert ne peut se contenter d'énoncer une opinion purement théorique, scientifique ou abstraite. Celle-ci doit être fondée sur des faits qu'il a observés ou qui ont été légalement prouvés.»*⁷³

Le tribunal n'est pas lié par le témoignage de l'expert⁷⁴ et il n'est pas obligé d'y accorder une valeur probante plus grande qu'il n'accorderait au témoignage du témoin ordinaire:

*«... l'appréciation de l'opinion d'un témoin expert relève du domaine exclusif du juge des faits, qui devra prendre en considération non seulement les facteurs de crédibilité du témoin en général, mais également la compétence de celui-ci de même que la fiabilité des instruments d'évaluation et des techniques auxquels il aura eu recours.»*⁷⁵

Les règles relatives à la recevabilité et à l'administration de la preuve testimoniale et matérielle s'appliquent au témoin expert. Par ailleurs, son témoignage ne saurait être utilisé pour introduire une preuve qui autrement serait illégale⁷⁶.

70. *«La preuve civile»*, supra, note 32, p. 170.

71. *Hôtel-Dieu de Québec et autre c. Bois et autre*, (1977) C.A. 563.

72. Voir notamment A. DRAGOMIR, *«Le témoin-expert et le huis clos»*, Direction de la recherche, Cour du Québec, Chambre de la jeunesse, 1990-04-19, 90MCJ-012; Voir également la décision rendue dans *Protection de la jeunesse-567*, [1992] R.D.F. 730, J.E. 92-1338.

73. *«La preuve civile»*, supra, note 32, p. 171.

74. *Ibid.*, p. 45.

75. *Protection de la jeunesse-329*, [1988] R.J.Q. 1739, p. 1747.

76. *«La preuve civile»*, supra, note 32, p. 172.

Dans plusieurs cas, le tribunal a jugé que la force probante de la preuve d'expert était faible parce que les techniques utilisées n'étaient pas éprouvées ou fiables ou qu'il s'agissait tout simplement d'une preuve inadmissible⁷⁷.

La jurisprudence semble partagée sur l'étendue de l'opinion pouvant être émise par le témoin expert. De façon générale, on reconnaît qu'elle ne saurait porter sur une question de droit. Par contre, on a reconnu que l'opinion du témoin expert pouvait aller jusqu'à se prononcer sur la question principale faisant l'objet du litige que doit trancher le tribunal⁷⁸.

On exige du témoin expert qu'il soit impartial⁷⁹, ce qui peut parfois se révéler une tâche difficile étant donné les pressions qui peuvent parfois être exercées par les parties⁸⁰.

Les professionnels sont parfois tenus au secret professionnel⁸¹. Il convient donc de voir en quoi consiste cette obligation et quelle est sa portée dans le cadre d'évaluations ou d'expertises consenties aux fins d'application de

77. Voir notamment *Protection de la jeunesse-329*, [1988] R.J.Q. 1739, relativement à l'utilisation des poupées anatomiques; *Protection de la jeunesse-233*, [1987] R.J.Q. 2701, quant à l'utilisation d'une entrevue filmée; *Protection de la jeunesse-438*, 540-41-000082-890, Laval, 1990-02-15, J.E. 90-765, où la preuve d'expert relative au profil d'enfant agressée ne fut pas admise parce qu'on ne pouvait établir un lien de connexité permettant d'inférer l'agression; *Protection de la jeunesse-539*, [1992] R.J.Q. 1144 quant à l'admissibilité en preuve des résultats d'un pléthysmographie visant à établir que le père de l'enfant n'était pas l'agresseur.

78. «*La preuve civile*», *supra*, note 32, p. 172. Voir également *Protection de la jeunesse-323*, [1988] R.J.Q. 1473, p. 1477, où de l'avis de l'honorable juge Durand-Brault: «...rien n'empêche la psychologue, en puisant dans son expérience professionnelle auprès des enfants, d'émettre son opinion sur le lien de causalité possible entre les perturbations diagnostiquées chez l'enfant et l'abus sexuel et de conclure que la cause de ce qu'il constate est ou n'est pas, selon lui, l'abus sexuel.»

79. «*La preuve civile*», *supra*, note 32, p. 170.

80. Voir à cet effet notamment Lucille L. Arès, «Le psychologue et la protection de l'enfant» dans *Les enfants devant la justice*, *supra*, note 27, p. 107 à 119, plus particulièrement à la p. 110, où l'auteure affirme que:

«Il est primordial de bien connaître les attentes de la personne qui fait une demande d'expertise. Il arrive parfois que le mandataire fasse des pressions quant aux conclusions recherchées ou quant aux suggestions d'orientation à émettre devant le tribunal. Le psychologue doit alors refuser une telle expertise, car il lui sera impossible d'intervenir d'une façon objective et libre de toute contrainte. L'honnêteté et l'objectivité sont les deux assises de la crédibilité devant un tribunal.»

81. Sur le secret professionnel, voir notamment: MORISSETTE et SHUMAN, «*Le secret professionnel au Québec: une hydre à trente-neuf têtes rôde dans le droit de la preuve*», (1984) 25 *C. de D.* 501; N. VALLIERES, «Le secret professionnel inscrit dans la Charte des droits et libertés de la personne au Québec», (1985) 26 *C. de D.* 1019; L. DUCHARME, «Le secret médical et l'article 9 de la Charte des droits et libertés de la personne», (1984) 44 *R. du B.* 955; A. DRAGOMIR, «*Le secret professionnel*», Service de recherche du Tribunal de la jeunesse, 1987-08-03, 87 MCJ-009; «*La preuve civile*», *supra*, note 32, p. 405 à 439.

la *Loi sur la protection de la jeunesse*. Soulignons qu'une jurisprudence volumineuse a traité de cette question et de son application en matière de protection de la jeunesse⁸².

L'article 9 de la *Charte des droits et libertés de la personne* reconnaît à toute personne le droit au respect du secret professionnel. Il ne s'agit pas, toutefois, d'un droit absolu et son étendue a largement été circonscrite par la jurisprudence. Il ne suffit pas d'invoquer le secret professionnel pour que le «professionnel» puisse se soustraire de son obligation de témoigner sur certains faits devant le tribunal. De même, ce ne sont pas tous les «professionnels» qui peuvent invoquer ce droit, mais uniquement ceux faisant partie de corporations professionnelles qui ont intégré cette obligation dans le cadre de leur code de déontologie⁸³. Le droit au secret professionnel existe en faveur de celui qui s'est confié au «professionnel» dans le but d'obtenir une aide ou un service⁸⁴.

La jurisprudence majoritaire de la Chambre de la jeunesse s'accorde pour dire que le consentement à une évaluation professionnelle dans le cadre de l'intervention du directeur de la protection de la jeunesse emporte une renonciation implicite au respect du secret professionnel. On devra, toutefois, distinguer ces cas de ceux où il y a existence d'une relation «professionnel-enfant» ou «professionnel-parent» dans le cadre d'un «suivi» ou de consultations à des fins professionnelles. Dans de telles situations, le secret professionnel devrait normalement être protégé à moins que la personne recevant ces services n'ait consenti à renoncer au secret professionnel⁸⁵.

ii) L'expertise et la contre-expertise

Rappelons qu'en matière de protection, la *Loi sur la protection de la jeunesse* prévoit que l'enquête doit se dérouler en deux temps.

La première étape concerne l'enquête sur la compromission. La loi ne précise pas les circonstances qui justifient de recourir à la preuve par expert. On

82. Voir notamment les décisions suivantes: *A. c. B.*, (1981) R.P. 14; *Protection de la jeunesse-91*, (1983) T.J. 2040; *Protection de la jeunesse-91*, (1983) C.S. 1072; *T.J.: 500-41-000585-839*, Montréal, 1983-11-02; *T.J.: 450-000862-83*, Saint-François, 1983-12-08; *T.J.: 250-41-000004-833*, Kamouraska, 1983-11-14; *C.S.: 250-24-000001-835*, Kamouraska, 1984-08-27; *Protection de la jeunesse-197*, (1985) T.J. 2025; *C.S.: 450-24-000001-85*, Saint-François, 1985-05-29; *Protection de la jeunesse-295*, [1988] R.J.Q. 218; *Protection de la jeunesse-435*, [1990] R.D.F. 297, J.E. 90-766.

83. Voir notamment *C.S.: 250-24-000001-835*, Kamouraska, 1984-08-24; *Protection de la jeunesse-295*, [1988] R.J.Q. 218.

84. Voir «Le secret professionnel inscrit dans la *Charte des droits et libertés de la personne*», *supra*, note 81.

85. Voir notamment *Protection de la jeunesse-435*, [1990] R.D.F. 297, J.E. 90-766.

doit alors se référer aux règles d'administration de la preuve qui circonscrivent la recevabilité et l'admissibilité de ce moyen de preuve, dont la nécessité et la pertinence. Par contre, lorsque l'enquête porte sur des mesures, l'article 86 de cette loi indique clairement que le tribunal devra demander au directeur de la protection de la jeunesse de procéder à l'étude de la situation sociale de l'enfant et qu'il peut même demander qu'il y soit jointe une évaluation psychologique, médicale ou toute autre expertise qui pourrait s'avérer utile.

La *Loi sur la protection de la jeunesse* ne définissant pas en quoi consiste l'expertise⁸⁶, il y a lieu de recourir à la définition couramment utilisée du terme ainsi qu'à son emploi par la jurisprudence. À cet égard, *Le Petit Larousse illustré*⁸⁷ définit la notion d'expertise comme suit:

«constatation ou estimation effectuée par un expert; ... examen de questions purement techniques confié par le juge à un expert; rapport établi par cet expert; ... rapport d'un expert...»⁸⁸

Plus souvent qu'autrement, l'expertise consiste en un rapport préparé par un expert⁸⁹ pour la partie qui a requis ses services. Les champs d'expertise pouvant éclairer le tribunal en matière de protection de la jeunesse sont fort nombreux. Il peut notamment s'agir d'expertises préparées par des psycho-

86. En effet, malgré que les articles 86 et 88 *L.P.J.* traitent de la production d'expertises devant la Chambre de la jeunesse, ces dispositions ne s'appliquent qu'aux évaluations ou expertises qui sont exigibles par le tribunal une fois qu'il a conclu à la compromission et qu'il est appelé à décider des mesures applicables au cas. Ces dispositions ne traitant pas de l'enquête sur la compromission, il s'ensuit que les parties au litige disposent de toute liberté en ce qui a trait à leur choix de recourir ou non à des évaluations ou expertises lors de cette étape des procédures. Voir également le commentaire de Me J.-F. Boulais relativement au témoignage de l'expert et à la production préalable du rapport (art. 402.1 *C.p.c.*) ainsi que sur l'expertise (art. 414 et s. *C.p.c.*) dans «*Loi sur la protection de la jeunesse, texte annoté*», *supra*, note 14, p. 318, alors que l'auteur affirme que les règles édictées par ces dispositions, dont le fait que le témoin-expert ne puisse être entendu si son rapport n'a pas été préalablement été signifié aux parties, ne trouveraient pas d'application en matière de protection de la jeunesse parce que jugées incompatibles avec les autres dispositions de la loi. Voir également la décision dans *T.J.: 500-41-000571-813*, Montréal, Jacques Lamarche, 1982-04-21, où l'on distingue entre l'étape de l'enquête sur compromission et celle portant sur les mesures à prendre à l'égard de l'enfant.

87. *Le Petit Larousse illustré* 1992, Larousse, 1991.

88. *Ibid.*, p. 410.

89. Voir notamment P. DE BOUCHERVILLE, «*Abus sexuel: l'expertise psychologique*», *J. du B.*, 1993-02-15, p. 22; M. HUARD et C. JODOIN-PILON, «*L'expertise psychologique en situation d'abus sexuel*», dans *L'enfant abusé: psychologie et droit* (1992), *supra*, note 14, p. 1 à 26, où les auteurs traitent de l'évaluation psychologique et de ses diverses composantes.

logues⁹⁰, des psychiatres, des médecins⁹¹ ou autres professionnels de la santé, des criminologues ou des intervenants sociaux.

La *Loi sur la protection de la jeunesse* ne limite aucunement le nombre d'experts que peut présenter une partie. Chaque partie peut donc, à sa discrétion, présenter ou non une preuve d'expert dans le cadre de l'enquête sur compromission. Ainsi, le tribunal peut parfois se retrouver littéralement submergé de rapports d'experts divers préparés à l'intention des multiples parties et contenant quelquefois des conclusions contradictoires. Par ailleurs, ces expertises contiennent souvent des recommandations relatives aux mesures, alors qu'à cette étape des procédures, le tribunal ne devrait pas être saisi de telles informations.

Quant à la contre-expertise,⁹² les règles régissant sa recevabilité sont difficiles à cerner eu égard, l'utilisation qui en est faite devant la Chambre de la jeunesse. En effet, dans la mesure où la contre-expertise consiste en une seconde expertise destinée à vérifier ou à contredire les conclusions d'une première expertise, que doit-on considérer comme étant une contre-expertise en matière de protection? S'agit-il de toutes les expertises soumises par les parties autres que le directeur de la protection de la jeunesse lors de l'enquête sur la compromission? Ou s'agit-il uniquement des évaluations ou des expertises présentées par les parties en contestation de l'évaluation requise par le tribunal lors de l'enquête sur mesures, tel que le permet implicitement l'article 88 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*?

L'analyse des dispositions de cette loi et la revue de la jurisprudence⁹³ nous amènent à constater que l'on peut recourir à la contre-expertise tant au niveau de l'enquête sur la compromission que sur celle relative aux mesures de

90. Voir notamment *Protection de la jeunesse*-329, [1988] R.J.Q. 1739.

91. Voir notamment *Protection de la jeunesse*-530, [1992] R.J.Q. 814; *Protection de la jeunesse*-513, J.E. 91-1409.

92. Cette notion n'est aucunement définie dans la loi. Selon *Le Petit Larousse illustré 1992*, *supra*, note 87, la contre-expertise consiste en «une seconde expertise destinée à vérifier les conclusions d'une première expertise; les conclusions, le rapport de cette seconde expertise».

93. Voir notamment *T.J.*, 600-41-000007-865, Rouyn, 1986-06-27; *T.J.*, 500-41-000191-885 et autre, Montréal, 1988-07-20; *T.J.*, 500-41-000406-804, Montréal, 1980-09-12; *Protection de la jeunesse*-432, C.Q.: 350-41-000032-899, 1989-12-13, J.E. 90-446.

protection⁹⁴. Toutefois, il est néanmoins difficile de cerner avec précision les circonstances et les conditions qui justifient son utilisation.

En ce qui concerne l'enquête sur compromission, les parties sont libres de présenter la preuve qu'elles jugent appropriée et nécessaire pour permettre au tribunal de décider du litige. La loi ne prévoit pas de délai obligatoire de transmission des expertises aux autres parties⁹⁵, même si l'article 88 *L.P.J.* oblige les parties à transmettre le contenu d'une expertise aux autres afin de leur permettre, s'il y a lieu, d'en contester les données ou les conclusions. Toutefois, dans le cadre d'une conférence préparatoire (prévue dans les cas où l'on estime que l'enquête durera plus d'une journée), les rapports des divers experts sont habituellement transmis aux autres parties à ce stade. Dans les autres cas, il y a lieu de présumer que les parties n'en prendront connaissance qu'au moment de l'enquête sur la compromission devant le tribunal.

Dans le cadre de l'enquête sur les mesures de protection, le tribunal doit, conformément à l'article 86 de la loi, demander au directeur de faire une étude sur la situation sociale de l'enfant. De même, le directeur peut, à sa discrétion, ou il doit, lorsque le tribunal lui en fait spécifiquement la demande, joindre à l'étude sociale une évaluation psychologique ou médicale de l'enfant et des membres de sa famille ou toute autre expertise qui pourrait se révéler utile.

L'article 87 de la *Loi sur la protection de la jeunesse* prévoit la situation de l'enfant âgé de plus de 14 ans ou des parents qui refuseraient de se soumettre à l'évaluation exigée conformément à l'article 86 de cette loi. En cas de refus de l'enfant, l'évaluation ne pourra avoir lieu et le refus sera constaté dans le rapport. De même, en cas de refus des parents, celui-ci sera également consigné dans un rapport transmis au tribunal. Malgré un refus des parents, l'enfant âgé de plus de 14 ans pourrait consentir à se soumettre à une telle évaluation.

-
94. Voir notamment la décision dans *Protection de la jeunesse-432*, J.E. 90-446. En l'espèce, les parties s'étaient soumises à une évaluation psychologique demandée par le d.p.j. La mère a procédé à une contre-expertise mais le père refusa de s'y soumettre. Ainsi que le souligne le tribunal, la compromission n'ayant pas été déclarée, le tribunal ne peut recourir aux articles 86 à 88 pour ordonner au père de s'y soumettre. Toutefois, le tribunal est d'avis qu'en vertu de la règle *audi alteram partem*, chaque partie doit avoir la possibilité de répondre aux prétentions de l'autre, ce qui comprendrait la possibilité de contredire l'expertise. Le tribunal fut d'avis qu'étant donné que le père s'était déjà soumis à l'expertise du d.p.j., il devait conséquemment se soumettre à la contre-expertise demandée par la mère.
95. Ainsi que nous l'avons souligné précédemment à la note 86, les dispositions du *Code de procédure civile* relatives au témoignage d'un expert et à la production préalable du rapport n'ont pas à être suivies devant le tribunal puisque ne faisant pas partie de l'énumération prévue à l'article 85 *L.P.J.* Voir, à ce sujet, C.S., 405-24-000001-80, Drummond, 1980, 23 sept., p. 4 et 5. *Contra*, J. MERCIER, *supra*, note 9, p. 394 à 397.

Quant à l'enfant âgé de moins de quatorze ans, le refus des parents ne constitue pas nécessairement un empêchement puisque la jurisprudence reconnaît que l'avocat représentant l'enfant peut consentir au nom de son client⁹⁶. Aussi, lorsque les parents sont séparés, le consentement donné par le titulaire de l'exercice de l'autorité parentale qui assume la garde physique de l'enfant s'avère suffisant pour permettre l'évaluation⁹⁷.

La loi prévoit toutefois une exception à la règle de «non-contraincibilité» à l'évaluation lorsque la situation concerne un abus physique ou sexuel. Dans ces cas, les parents et l'enfant ne pourront refuser et devront se soumettre à l'évaluation, l'étude ou l'expertise requise⁹⁸.

Conformément aux dispositions de l'article 88 de cette loi, les résultats de l'évaluation ou de l'expertise doivent être transmis aux parties qui pourront en contester les données ou les conclusions, ce qui donne ouverture à la contre-expertise.

iii) L'expert désigné par la cour

La preuve par expert n'étant admissible que lorsqu'elle est nécessaire et pertinente, on peut se demander s'il ne serait pas parfois plus efficace et expéditif devant la Chambre de la jeunesse, qu'un ou des experts neutres soient nommés par la cour pour mener les diverses expertises requises pour l'éclairer. Les dispositions des articles 414 et suivants *C.p.c.* permettent au tribunal d'ordonner une expertise de sa propre initiative⁹⁹. Bien que les juges de la Chambre de la jeunesse ordonnent parfois de telles expertises, il semblerait qu'ils n'ont pas recours à ces dispositions pour le faire.

2. La preuve documentaire et matérielle

La preuve documentaire comprend toute preuve faite au moyen d'un document, mais vise plus particulièrement celle où l'on veut prouver la véracité de son contenu¹⁰⁰.

96. Voir notamment *Protection de la jeunesse-438*, C.Q.: 540-41-000082-890, Laval, 1990-02-15, J.E. 90-765.

97. Voir notamment *Protection de la jeunesse-295*, [1988] R.J.Q. 218.

98. Voir notamment *Protection de la jeunesse-339*, T.J.: 615-41-000013-887, Abitibi, 1988-06-16, J.E. 88-883.

99. Voir à ce sujet, les commentaires de J.-C. Royer dans «*La preuve civile*», *supra*, note 32, p. 177 et s.

100. J. BELLEMARE, L. VIAU, «*Droit de la preuve pénale*», Les Éditions Thémis, 1991, p. 321 et s.

En principe, les règles d'administration de la preuve du *Code de procédure civile* exigent que le témoin soit entendu devant le tribunal afin que la partie adverse puisse le contre-interroger. Par conséquent, une personne ne pourrait rédiger un écrit pour tenir lieu de son témoignage même s'il est accompagné d'un affidavit¹⁰¹.

La règle de l'irrecevabilité du témoignage écrit comporte, toutefois, certaines exceptions. Ainsi, l'article 294.1 *C.p.c.*, prévoit que le tribunal peut accepter un rapport médical pour tenir lieu du témoignage du médecin¹⁰². Le paragraphe (b) de cette disposition s'applique également au rapport d'un policier. Une partie pourra néanmoins requérir la présence du médecin ou du policier lorsqu'elle estime que la seule production du document s'avère insuffisante. Rappelons que l'article 294.1 *C.p.c.* s'applique, en vertu de l'article 85 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, à l'abus sexuel¹⁰³.

Dans le cas des autres intervenants, tels les psychologues ou travailleurs sociaux, la règle à suivre devrait normalement être celle prévue à l'article 402.1 *C.p.c.*, qui exige la production du rapport avec avis et copies signifiés aux parties, avant que le témoin ne puisse témoigner. L'article 88 de la *Loi sur la protection de la jeunesse* produit le même effet. Toutefois, en l'espèce, les rapports de psychologues ou autres sont habituellement déposés en preuve au moment de la conférence préparatoire ou lors de leur témoignage lors de l'enquête.

Les enregistrements magnétiques constitueraient plutôt une preuve matérielle.¹⁰⁴ Selon le professeur Royer, la preuve matérielle aurait une valeur probante supérieure aux autres modes de preuve. En effet, elle permet au juge de constater un fait par ses propres sens¹⁰⁵.

Lorsque l'enregistrement magnétique vise à faire la preuve de la déclaration antérieure à l'instance de l'enfant, on applique alors l'article 85.6 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*. Ainsi, l'enregistrement ne pourra être admis en preuve que si l'on a préalablement établi son authenticité. Il faudra donc, à l'aide de témoins, établir l'identité et l'intégralité de l'enregistrement.

101. «*La preuve civile*», *supra*, note 32, p. 233 et s.

102. Dans cette hypothèse, le rapport produit au greffe doit être signifié aux autres parties conformément aux règles de pratique. Toutefois, les règles de pratique de la Chambre de la jeunesse (B-69 à B-86 *C.p.c.*) ne prévoient pas ces modalités. Cependant, l'article 88 *L.P.J.* pourrait recevoir une telle portée.

103. À ce titre, les règles de pratique concernant l'article 294.1 *C.p.c.* devraient donc s'appliquer.

104. «*La preuve civile*», *supra*, note 32, p. 331.

105. *Ibid.*, p. 331.

Les tribunaux exigent généralement, pour établir l'authenticité de l'enregistrement, que l'on démontre le bon fonctionnement de l'appareil, la qualification de l'utilisateur et l'absence d'altération du contenu¹⁰⁶.

3. La preuve par présomption

«La preuve par présomption, qualifiée également de preuve indirecte ou indiciaire, est une «conséquence que la loi ou le tribunal tire d'un fait connu à un fait inconnu [...]»

Les présomptions sont établies par la loi ou résultent des faits qui sont laissés à la discrétion du tribunal.»¹⁰⁷

L'article 38 paragraphe (g) crée une présomption légale de compromission, une fois la situation de danger prouvée par le directeur de la protection de la jeunesse¹⁰⁸. Il appartient alors à l'autre partie, habituellement les parents, à établir l'absence de compromission. Il s'agit donc d'une présomption *juris tantum*, réfutable par la preuve contraire¹⁰⁹. En effet,

«La preuve par présomptions est un procédé de preuve qui permet au juge de conclure à l'existence du fait contesté, en prenant pour base un ensemble de faits connus, encore appelés indices. Sans doute, ces indices n'apportent pas au juge une certitude totale; mais du moins lui permettent-ils, en se fortifiant mutuellement de passer "de la vraisemblance à la certitude" et d'en déduire la réalité du fait litigieux.»¹¹⁰

106. *Ibid.*, p. 335. Par ailleurs ainsi que le fait remarquer l'auteur à la page 336: «*La nature juridique de ce moyen de preuve n'est pas encore clairement définie. Parfois, il est assimilé à une preuve documentaire. Le courant jurisprudentiel qui considère l'enregistrement sonore comme un procédé autonome et distinct de la preuve écrite ou testimoniale est plus juridiquement fondé. Il s'agit d'une preuve matérielle qui n'est pas visée par la règle de la meilleure preuve applicable à la preuve documentaire. Elle n'est pas davantage assujettie aux règles relatives à l'administration de la preuve testimoniale, sauf en ce qui a trait à son authenticité...*»

107. *Ibid.*, p. 271.

108. Voir, notamment, «*La preuve civile*», *supra*, note 32, p. 58 où est définie la notion de présomption légale. «*La présomption légale est la conséquence que la loi tire d'un fait connu à un fait inconnu. Elle allège l'obligation de convaincre qui incombe à un plaideur.*»

109. *Ibid.*, p. 272 et s.; «*Précis de la preuve*», *supra*, note 33, p. 101 et s.; «*Loi sur la protection de la jeunesse, texte annoté*», *supra*, note 14, p. 124-125; T.J.: 100-41-000004-80, Rimouski, 1980-02-12; T.J.: 450-41-000032-85, Saint-François, 1985-06-25, confirmé par C.S.: 450-24-000003-852, Saint-François, 1986-01-16; T.J.: 500-41-001050-858, Montréal, 1986-09-03; *Protection de la jeunesse*-329, [1988] R.J.Q. 1739. Voir aussi: *Protection de la jeunesse*-461, C.Q.: 500-41-001183-899, 1990-12-13, J.E. 91-255; C.S.: 500-24-000004-928, Montréal, 1993-02-19.

110. Cité dans «*Précis de la preuve*», *supra*, note 33, p. 101 à 102.

En matière de protection, la preuve par présomptions de faits est souvent le seul moyen pour établir l'existence des abus sexuels à l'égard de l'enfant.

4. La preuve par aveu

«L'aveu est la reconnaissance d'un fait de nature à produire des conséquences juridiques contre son auteur. Il est judiciaire ou extrajudiciaire.

L'aveu judiciaire est celui qui est fait dans l'instance même où il est invoqué; tout autre aveu est extrajudiciaire.»¹¹¹

L'aveu porte habituellement sur un acte ou un fait juridique préjudiciable à son auteur et de nature à lui nuire. Conformément à l'article 1245 C.c.B.C., l'aveu judiciaire est opposable à celui qui l'a fait et il n'a pas besoin d'être prouvé puisqu'il est fait dans le cadre de l'instance où il a été invoqué. L'aveu judiciaire peut être écrit ou verbal. Il découle souvent du témoignage des parties rendu avant ou lors de l'enquête. Il peut notamment s'agir des admissions des parties quant au bien-fondé d'une allégation de la déclaration.¹¹²

Ainsi que le souligne M. Royer:

«L'aveu judiciaire est le meilleur moyen de preuve qu'un plaideur puisse obtenir. Il constitue une preuve complète et suffisante du fait admis. Il ne peut être révoqué pour cause d'erreur de droit. Sa valeur probante est équivalente à une confession de jugement.»¹¹³

En matière de protection de la jeunesse, les aveux complets sont plutôt rares (sauf s'il y a eu mesures volontaires), même s'ils peuvent parfois alléger la preuve que doit faire le directeur¹¹⁴. Ainsi, l'admission par les parties que si

111. *«La preuve civile»*, supra, note 32, p. 303 et s.

112. Toutefois, ainsi que le souligne Royer, *ibid.*, p. 316, «L'avocat possède un mandat général pour représenter un client dans la conduite d'un procès. Il est autorisé à faire des aveux, sauf lorsque le législateur exige expressément un mandat spécial. Ces admissions se retrouvent principalement dans les procédures écrites, les certificats d'état de cause et les procès-verbaux relatant les aveux faits lors d'une conférence préparatoire ou lors de l'instruction. Cependant une affirmation, faite par un procureur dans sa plaidoirie verbale, ne constitue pas un aveu opposable à son client.» (nos italiques)

113. *Ibid.*, p. 319.

114. Voir notamment les décisions suivantes, qui font mention d'admissions ou d'aveux divers : T.J.: 450-41-000409-86 et autres, Saint-François, 1987-01-06; T.J. 450-41-000561-86, Saint-François, 1986-11-19, où le père affirmait que les abus sexuels qu'il avait commis sur sa fille lui avaient été dictés par Satan; T.J.: 500-41-000398-86, Montréal, 1986-05-29; T.J.: 500-41-000307-879, Montréal, 1987-12-09, où, malgré les aveux, le tribunal a jugé qu'il n'y avait plus lieu d'intervenir puisque les services sociaux avaient trop tardé et que la situation avait été prise en main par les parents, alors que le père était suivi en thérapie; T.J.: 200-41-

l'enfant témoignait, la substance de son témoignage correspondrait à ses déclarations antérieures, dispense le directeur de la protection de la jeunesse de devoir prouver les déclarations antérieures de l'enfant relatives à l'abus sexuel.

L'aveu extrajudiciaire est fait en dehors de l'instance ou dans une autre cause. Il devra être expressément allégué et prouvé.¹¹⁵ L'aveu extrajudiciaire peut être écrit ou verbal. Lorsqu'il est écrit, sa preuve s'effectue habituellement par la production de l'écrit qui le contient. La preuve de l'aveu extrajudiciaire verbal se fait par le témoignage d'une personne qui a entendu la déclaration de la partie à qui on impute cet aveu.

Est notamment considéré comme constituant un aveu extra-judiciaire, le plaidoyer de culpabilité donné par la partie adverse dans le cadre d'une cause pénale ou criminelle. Le fait pour le présumé agresseur de reconnaître sa culpabilité à la suite d'une accusation d'une infraction à caractère sexuel commise à l'égard de l'enfant, faisant l'objet de procédures en matière de protection, pourrait donc être mis en preuve.

D) Le fardeau de la preuve

Contrairement à la règle applicable en matière criminelle, où l'on doit prouver, hors de tout doute raisonnable, la culpabilité de l'accusé, la règle applicable en matière civile est celle de la prépondérance de la preuve¹¹⁶, c'est-à-dire par la preuve qui rend l'existence d'un fait plus probable que celle de son inexistence. En l'occurrence, le recours à la preuve par présomption sera fréquent¹¹⁷.

Il s'agit de prouver les abus par «des indices précis, graves et concordants pouvant rendre l'existence des abus plus probables que leur inexistence.»¹¹⁸ Toutefois, il semblerait qu'une nouvelle tendance se dessine quant au degré de probabilité qui serait nécessaire pour établir l'existence des abus sexuels. Selon certains, le degré de preuve requis en matière d'abus sexuels devrait être plus exigeant qu'il ne l'est relativement à d'autres motifs de

000076-885, Québec, 1988-05-17, où le père admit qu'il avait fait usage de force physique sur ses enfants mais ne la considérait pas comme abusive.

115. «La preuve civile», *supra*, note 32, p. 304 et s.

116. *Ibid.*, p. 62 et s.; «Précis de la preuve», *supra*, note 33, p. 18 et s.

117. «Abus sexuel d'enfants: réponse judiciaire», *supra*, note 61.

118. Voir notamment les décisions suivantes: *Protection de la jeunesse-256*, [1987] R.J.Q. 1207; *Protection de la jeunesse-233*, [1987] R.J.Q. 2701; *Protection de la jeunesse-323*, [1988] R.J.Q. 1473; *Protection de la jeunesse-391*, [1989] R.J.Q. 1341; *Protection de la jeunesse-380*, [1990] R.J.Q. 529 (C.S.); *Protection de la jeunesse-530*, [1992] R.J.Q. 814; *Protection de la jeunesse-584*, [1993] R.J.Q. 274.

compromission et exigerait une attention spéciale¹¹⁹. Rapportons, à ce sujet, la théorie de l'honorable juge Elaine Demers¹²⁰ qui, après avoir analysé la jurisprudence relative à la prépondérance de preuve, affirme que:

«En matière de protection, un jugement prononçant la situation d'un enfant compromise aux motifs d'abus sexuels emporte de graves conséquences pour l'enfant puisque celui-ci peut être retiré de la cellule familiale dans laquelle il vit ou bien alors se voir privé de contact avec l'abuseur, souvent son géniteur.

À la lumière de ce qui précède, nous soutenons, comme l'honorable juge Dickson dans l'arrêt Oakes, qu'en matière civile il y a divers degrés de probabilité qui varient en fonction des circonstances. Nous sommes également d'avis qu'en matière de protection, le juge des faits doit, plus particulièrement dans les cas où l'enfant n'est pas apte à témoigner, exiger un degré de probabilité plus élevé dans la preuve d'abus sexuels [...]»¹²¹

Bien que cette tendance ne soit pas partagée par tous¹²², les questions ainsi soulevées laissent présager la nécessité d'un débat permettant de mesurer la portée réelle d'une telle exigence et ses répercussions sur la preuve requise en matière d'abus sexuels.

E) La force probante de la preuve

On peut définir la «force probante» comme la valeur ou la force de persuasion, voire de conviction que le tribunal accorde aux divers moyens de preuve qui lui ont été présentés au moment où il est appelé à évaluer la preuve.

119. Voir J. ULYSSE, «La réponse judiciaire au problème de l'abus sexuel des enfants», *supra*, note 14, plus particulièrement aux p. 80 à 86, où l'auteur traite de la règle de «*spécial scrutiny*» et de ses implications en matière de protection de la jeunesse, particulièrement en ce qui concerne la preuve d'abus sexuels.

120. «L'abus sexuel et l'agression sexuelle: l'un peut-il exister sans l'autre?», *supra*, note 16.

121. *Ibid.*, p. 42.

122. *Ibid.*, p. 44, citant l'honorable juge Georges Savoie (dans C.S.: 460-24-000001-913, Saint-François, 1992-10-27), qui affirme que la norme applicable est celle de la simple prépondérance de la preuve. Voir également les réserves exprimées à cet effet par Me J. Ulysse dans «La réponse judiciaire au problème de l'abus sexuel des enfants», *supra*, note 14, p. 80 et s.; ainsi que l'opinion de l'honorable juge Barrette citée dans «La réponse judiciaire au problème de l'abus sexuel des enfants», *ibid.*, p. 82, dans C.Q.: 500-41-000108-913, Montréal, 1991-11-28, où ce dernier affirme que: «C'est qu'il est important de comprendre précisément que le régime de preuve retenu est le même qu'en matière civile et la Cour n'a pas à distinguer ou être plus "tatillonne" si on me permet l'expression, sous prétexte qu'il s'agit d'un abus sexuel.»

En ce qui concerne les témoignages, la force probante découle non pas de leur quantité, mais davantage de leur qualité et de leur crédibilité¹²³.

Relativement au témoignage de l'enfant, le tribunal accorde habituellement une importance marquée à l'aptitude de l'enfant à relater et à rapporter les faits avec honnêteté, sincérité, précision, clarté et conviction. La constance du contenu de son témoignage, le vocabulaire utilisé, ainsi que le fait que d'autres éléments de preuve viennent soutenir ses propos sont souvent considérés pour donner au témoignage de l'enfant une force probante certaine¹²⁴.

Les techniques d'interrogatoire et de contre-interrogatoire de l'enfant peuvent grandement influencer la teneur de son témoignage et il est essentiel que les avocats des diverses parties sachent adapter leurs techniques d'entrevue à la réalité de l'enfant témoin¹²⁵. À cet égard, le juge devrait s'assurer, dans les limites qui lui sont imposées par la loi, que l'enfant ne soit pas l'objet d'une «inquisition abusive»¹²⁶. De même, il est tout aussi important que le juge, qui préside l'enquête, fasse les distinctions qui s'imposent au niveau de son appréciation entre le témoignage du témoin enfant et celui du témoin adulte, notamment en ce qui concerne certaines contradictions pouvant être révélées lors du contre-interrogatoire¹²⁷.

123. Voir *Le précis de la preuve*, supra, note 33, p. 103; Relativement à la crédibilité du témoignage d'enfants, voir notamment M. WELLS, «L'enfant peut-il être crédible?», conférence prononcée dans le cadre du Stage de formation spécialisée sur les abus sexuels envers les enfants, Montebello, 22 au 26 novembre 1987.

124. Voir P. DE BOUCHERVILLE, «L'enfant abusé: un témoin crédible?», *J. du B.*, 1993-03-15, p. 20-21; Voir également les décisions suivantes relativement à l'appréciation du témoignage des enfants par le tribunal: *T.J.: 615-41-000012-871*, Amos, 1987-07-30; *T.J.: 200-41-000226-860*, Québec, 1988-01-07; *T.J.: 540-41-000092-877 et autre*, Laval, 1988-02-17; *T.J.: 455-41-000007-880*, Bedford, 1988-08-29; *Protection de la jeunesse-561*, C.Q. 500-41-001111-916, Montréal, 1992-05-15, J.E. 92-1225; *Protection de la jeunesse-576*, C.Q. 550-41-000055-929, Hull, 1992-07-24, J.E. 92-1671; *Protection de la jeunesse-578*, C.Q.: 500-41-000099-922, Montréal, 1992-09-09, J.E. 92-1710.

125. Voir notamment «*Le témoignage des enfants en droit pénal et en droit civil*», supra, note 45; H. VAN GJISEGHEM, «L'enfant témoin: facteurs cognitifs», dans *L'enfant abusé: psychologie et droit* (1992), supra, note 14, p. 27 à 42; W. HARVEY, «La préparation de l'enfant appelé à témoigner», conférence présentée dans le cadre du Stage de formation spécialisée sur les abus sexuels envers les enfants, Montebello, Québec, 22 au 26 novembre 1987.

126. «*Le témoignage des enfants en droit pénal et en droit civil*», supra, note 45, p. 80.

127. *Ibid.*, p. 80. Voir à cet effet la décision de la Cour suprême du Canada dans *R. c. B.(G.)*, [1990] 2 R.C.S. 30, aux p. 54 à 55, relativement à la crédibilité des témoins enfants. À ce sujet, l'honorable juge Wilson écrit: «... Il se peut que les enfants ne soient pas en mesure de relater des détails précis et de décrire le moment ou l'endroit avec exactitude, mais cela ne signifie pas qu'ils se méprennent sur ce qui leur est arrivé et qui l'a fait. Ces dernières années, nous avons adopté une attitude beaucoup plus bienveillante à l'égard du témoignage des enfants, réduisant les normes strictes du serment et de la corroboration et, à mon avis, il s'agit d'une amélioration souhaitable. Évidemment, il faut apprécier soigneusement la crédibilité de chaque témoin qui dépose devant la Cour mais la norme de

Conformément à l'article 85.5 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, les déclarations antérieures de l'enfant peuvent être recevables en preuve et faire preuve de leur contenu. Toutefois, elles doivent être corroborées par d'autres éléments qui en confirment la fiabilité. À cet égard, la force probante des déclarations antérieures dépendra largement de la constance des propos, des circonstances dans lesquelles elles furent faites, ainsi que de leur fiabilité. La corroboration joue un rôle primordial pour établir cette fiabilité.¹²⁸ La déclaration de l'enfant faite à la suite d'une sollicitation ou d'une suggestion n'est pas appréciée de la même façon qu'une déclaration dite «spontanée» et se verra conséquemment accorder une force probante moindre¹²⁹.

Ainsi, on tiendra compte, lorsqu'il y a eu enregistrement des déclarations de l'enfant, de la conduite de l'entrevue et des méthodes d'évaluation employées¹³⁰. La nature des propos de l'enfant ainsi que sa spontanéité seront aussi considérés comme des facteurs importants pour juger de la valeur qui sera accordée au document.

La force probante du témoignage d'expert ou son expertise relève de l'appréciation du tribunal¹³¹. Ainsi que le souligne le professeur Royer:

«Le tribunal doit apprécier tant la crédibilité que la valeur scientifique ou technique des faits relatés ou des opinions émises. Pour ce faire, il utilise les critères généraux relatifs à l'évaluation d'une preuve ordinaire. Il tient compte plus particulièrement de la nature et de l'objet de l'expertise, de la qualification et de l'impartialité de l'expert, de l'ampleur et du sérieux de ses recherches ainsi que du lien entre les opinions proposées et la preuve. Certaines expertises présentent une valeur probante supérieure parce qu'elles laissent moins de place à l'appréciation subjective... L'opinion d'une personne compétente, expérimentée et impartiale est manifestement

"l'adulte raisonnable" ne convient pas nécessairement à l'appréciation de la crédibilité de jeunes enfants.» (nos italiques)

Par ailleurs, ainsi que le souligne YUILLE, *supra*, note 68, les études démontrent que seulement 5% à 10% des allégations d'abus sexuels seraient non fondées. Voir également M. WELLS, «*L'enfant peut-il être crédible?*» conférence présentée dans le cadre du Stage de formation professionnelle sur les abus sexuels envers les enfants, Montebello, 22 au 26 novembre 1987.

128. Voir notamment *Protection de la jeunesse-471*, [1991] R.J.Q. 564; *Protection de la jeunesse-362*, [1987] R.J.Q. 256; *Protection de la jeunesse-314*, [1988] R.J.Q. 1060 (C.S.); *Protection de la jeunesse-459*, J.E. 90-1544; *Protection de la jeunesse-443*, J.E. 90-966; *Protection de la jeunesse-468*, [1991] R.D.F. 94, J.E. 91-154; *Protection de la jeunesse-427*, J.E. 90-7; *Protection de la jeunesse-513*, J.E. 91-1409.

129. Voir notamment *Protection de la jeunesse-233*, [1987] R.J.Q. 2701.

130. *Protection de la jeunesse-233*, [1987] R.J.Q. 2701; *Protection de la jeunesse-329*, [1988] R.J.Q. 1739.

131. «*La preuve civile*», *supra*, note 32, p. 175 et s.

*supérieure à celle du témoin qui possède peu de connaissances ou d'expérience ou qui a intérêt à favoriser un plaideur. L'opinion qui est fondée sur des faits légalement prouvés est plus convaincante que celle qui s'appuie sur des théories générales ou abstraites ou sur du oui-dire.»*¹³²

Bien qu'en principe le tribunal accorde une plus grande importance au témoin expert, le juge préfère parfois le témoignage du témoin ordinaire à celui de l'expert dont l'expertise est discutable¹³³.

En matière d'abus sexuels, on constate que le tribunal accorde une force probante plus grande à la preuve d'expert lorsque celle-ci est claire, équivoque et qu'elle lui permet de tirer des conclusions précises¹³⁴. Lorsque la preuve d'expert se révèle contradictoire et que les expertises se valent, le tribunal devra rechercher d'autres éléments de preuve susceptibles de soutenir l'une des expertises. Lorsque cela s'avère impossible, il devra conclure que le fait n'a pas été prouvé.¹³⁵

Pour ce qui est de la force probante de l'aveu judiciaire, elle équivaut à une confession de jugement. En ce qui concerne l'aveu extrajudiciaire, M. Royer constate que:

*«Le Code civil du Bas-Canada ne régleme pas expressément la valeur probante de l'aveu extrajudiciaire. La doctrine et la jurisprudence ont souvent erronément affirmé qu'une admission extrajudiciaire avait la même force qu'un aveu judiciaire. Cette opinion n'est pas unanime et fut justement critiquée. [...] Aussi, nos tribunaux ont souvent suivi le droit français et décidé que l'aveu extrajudiciaire relève de l'appréciation du tribunal.»*¹³⁶

132. *Ibid.*, p. 175-176.

133. *Ibid.*, p. 176.

134. Voir notamment *Protection de la jeunesse*-323, [1988] R.J.Q. 323; *Protection de la jeunesse*-513, J.E. 91-1409. Voir également *R. c. B.(G.)*, [1990] 2 R.C.S. 30. Ceci est particulièrement vrai lorsqu'il s'agit d'une preuve médicale.

135. «*La preuve civile*», *supra*, note 32, p. 175; voir notamment *Protection de la jeunesse*-468, [1991] R.D.F. 94, J.E. 91-154.

136. *Ibid.*, *La preuve civile*, p. 320 à 321.

CHAPITRE II: LA PREUVE DE L'ABUS SEXUEL DEVANT LA COUR SUPÉRIEURE

A) La nature et l'objet du débat

La Cour supérieure¹³⁷ peut aussi, comme la Chambre de la jeunesse, être appelée à se prononcer sur des allégations d'abus sexuels lors d'une instance en séparation¹³⁸ ou en divorce¹³⁹, alors qu'elle doit décider de la garde et des droits de visite de l'enfant ou encore dans le cadre d'une déclaration de déchéance de l'autorité parentale¹⁴⁰ ou de litiges reliés à l'exercice de l'autorité parentale¹⁴¹.

Les parties en matière de séparation ou de divorce sont habituellement les père et mère de l'enfant, bien que des tiers puissent parfois être impliqués¹⁴².

Malgré la séparation ou le divorce, il n'en demeure pas moins que leurs droits et obligations à l'égard de l'enfant persistent et que tous deux demeurent titulaires de l'autorité parentale à son égard. Les changements qui découlent de cette nouvelle situation nécessitent toutefois des aménagements au niveau de la garde de l'enfant. Il s'agira pour le tribunal de déterminer quels arrangements sont les plus susceptibles de répondre à ses besoins. De façon générale, on reconnaît que l'enfant devrait, à moins de circonstances exceptionnelles, pouvoir entretenir des rapports avec ses deux parents.

Le fait que l'un des parents ait possiblement abusé sexuellement de l'enfant aura des répercussions certaines sur l'attribution de la garde et sur les droits de visite du parent agresseur.

En ce qui concerne la déchéance de l'autorité parentale, elle est habituellement demandée par l'un des parents même si elle peut être demandée par toute personne intéressée¹⁴³, y compris le directeur de la protection de la jeunesse. La loi présumant que les titulaires de l'autorité parentale sont les plus aptes à répondre aux besoins de l'enfant, on ne prononcera la déchéance de

137. Bien que la Cour supérieure ne soit pas une cour familiale, à titre de tribunal de droit commun, elle entend, en première instance, toutes les affaires familiales qui ne sont pas du ressort exclusif de la Chambre de la jeunesse de la Cour du Québec (art. 31 *C.p.c.*).

138. Art. 501 et 514 *C.c.Q.*

139. *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), c. 3, (2e supp.), art. 16 et s.

140. Art. 606 et s. *C.c.Q.*

141. Art. 605 *C.c.Q.*

142. Art. 16(3) *Loi sur le divorce*.

143. Art. 606 *C.c.Q.*

l'autorité parentale que pour un motif grave et dans l'intérêt de l'enfant¹⁴⁴. La déchéance n'est pas nécessairement définitive, puisque le parent déchu peut, lorsque les circonstances le justifient, être restitué dans ses droits¹⁴⁵.

Parmi les motifs de déchéance qui ont déjà été retenus par la jurisprudence, soulignons notamment le fait que le parent fut condamné pour un crime sur la personne de l'enfant, la négligence ou l'abandon et l'abus de l'autorité¹⁴⁶. En l'occurrence, des situations d'abus sexuels seront considérées comme pouvant donner lieu à une déclaration de déchéance de l'autorité parentale.

Bien que la résolution de tels litiges puisse produire des effets directs quant au respect et à l'exercice de certains des droits reconnus à l'enfant, ce dernier n'est toutefois pas, à proprement parler, une partie au litige. L'enfant pourra néanmoins être entendu¹⁴⁷, mais cela relève de la discrétion du juge¹⁴⁸.

Lorsque le tribunal constate que l'intérêt de l'enfant est en jeu et qu'il est nécessaire de lui nommer un avocat pour sauvegarder son intérêt, l'article 816 C.p.c. prévoit que le tribunal peut procéder à la nomination d'un procureur pour le représenter¹⁴⁹. Par ailleurs, un tuteur *ad hoc* devra être nommé à l'enfant lorsque son intérêt est opposé à celui du ou des titulaires de l'autorité parentale ou lorsque l'enfant est incapable de déterminer son propre intérêt¹⁵⁰.

144. Voir notamment R. JOYAL, «*Précis de droit des jeunes*», t. 1, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1986, aux p. 85 et s.; M. D.-CASTELLI, «*Précis du droit de la famille*», Les Presses de l'Université Laval, 1987, p. 208 et s. Voir notamment *Droit de la famille-1173*, [1988] R.D.F. 332; *Droit de la famille-1343*, [1990] R.D.F. 531; Quant à la portée de l'article 30 C.c.B.C., voir notamment la décision dans *C.(G.) c. V.-F.(T.)*, [1987] 2 R.C.S. 244. Soulignons, par ailleurs, que les termes de l'article 16(8) de la *Loi sur le divorce*, sont au même effet que ceux de l'article 33 C.c.Q., alors que la loi édicte que le tribunal ne doit tenir compte que de l'intérêt de l'enfant à charge, défini en fonction de ses ressources, ses besoins et de sa situation.

145. Art. 610 C.c.Q.

146. Voir notamment «*Précis du droit de la famille*», *supra*, note 146, p. 209; *Précis de droit des jeunes*, *supra*, note 146, p. 85.

147. Voir les articles 34 C.c.Q. et 816.3 C.p.c. (article abrogé).

148. Voir notamment R. LESAGE, «*L'enfant dans les instances mues en Cour supérieure*», dans *Les enfants devant la justice*, *supra*, note 27, p. 215 à 238.

149. Toutefois, ainsi que le souligne l'honorable juge Lesage, dans «*L'enfant dans les instances mues en Cour supérieure*», *supra*, p. 226, lorsque les parties consentent à l'expertise psychosociale, l'on ne nommera habituellement pas un procureur pour représenter l'enfant. Dans le cas contraire, à savoir en cas de refus de consentement des parents, la nomination d'un avocat à l'enfant pourra permettre à l'enfant de procéder à l'expertise.

150. Article 816.1 C.p.c. Toutefois, il a déjà été décidé que cette disposition ne s'appliquerait que lorsque l'enfant devient partie à la procédure ou qu'il rechercherait une conclusion en sa faveur contre le titulaire de l'autorité parentale; (article abrogé).

En matière familiale, comme dans les autres affaires civiles, le débat contradictoire demeure la règle et les parties sont libres dans le choix de leur preuve et dans leur manière de la présenter¹⁵¹. Toutefois, conformément aux dispositions de l'article 318 *C.p.c.*, le juge peut néanmoins poser toute question qu'il croit utile et, en vertu de l'article 815.1 *C.p.c.*, il peut exiger une preuve additionnelle. Par ailleurs, le tribunal peut aussi demander une expertise de sa propre initiative¹⁵².

B) Les moyens de preuve

1. La preuve testimoniale

La preuve testimoniale est l'un des moyens de preuve les plus couramment utilisés en matière familiale. Les règles régissant l'administration et l'admissibilité de la preuve testimoniale sont les mêmes que pour toute autre affaire civile. En ce qui concerne l'audition des témoins en matière de séparation de corps et de déchéance de l'autorité parentale, les règles applicables sont celles édictées par le *Code de procédure civile*¹⁵³. Par contre, lorsqu'il s'agit d'une matière visée par la *Loi sur le divorce*¹⁵⁴, ce sont les dispositions de la *Loi sur la preuve au Canada*¹⁵⁵ qui doivent être appliquées relativement au serment et à l'affirmation solennelle ainsi qu'aux règles concernant la corroboration¹⁵⁶.

a) Le témoin ordinaire

i) Le témoin adulte

Les règles prévues au *Code de procédure civile* et par la *Loi sur la preuve* sont similaires quant à l'audition des témoins adultes. Dans les deux cas, le témoignage est fait sous serment ou affirmation solennelle et le témoin est contraignable.

Dans les affaires familiales, le témoin ordinaire adulte peut être toute personne ayant eu une connaissance personnelle des faits et qui est susceptible d'éclairer le tribunal sur leur existence. Lorsqu'il s'agit d'allégations d'abus sexuels à l'égard d'un enfant, diverses personnes peuvent témoigner. Ainsi, outre les parents, on pourrait notamment avoir recours au témoignage des

151. «L'enfant dans les instances mues en Cour supérieure», *supra*, note 148, p. 217.

152. Art. 414 et s. *C.p.c.*

153. Art. 293 et s. *C.p.c.*

154. *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), c. 3, (2^e supp.)

155. *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), c. C-5.

156. Voir les propos de C. Dubreuil dans «Le témoignage des enfants en droit pénal et en droit civil», *supra*, note 45, p. 19.

membres de la famille immédiate ou élargie, d'amis de la famille, des gardiens ou moniteurs de garderie, des professeurs, des intervenants sociaux, des professionnels de la santé. Quant à celles qui auraient entendu les déclarations de l'enfant, ces déclarations rapportées doivent être corroborées afin d'en établir la fiabilité, lorsqu'une telle preuve s'avère nécessaire.

ii) L'enfant témoin

Contrairement au régime spécial s'appliquant au témoignage de l'enfant en matière de protection de la jeunesse, les règles régissant l'audition des témoins dans les matières familiales où l'assermentation est régie par les dispositions prévues au *Code de procédure civile* (séparation et déchéance de l'autorité parentale) s'appliquent également au témoin enfant. Il est donc présumé apte à témoigner et peut être contraint à le faire¹⁵⁷.

Toutefois, lorsque le tribunal est d'avis que l'enfant ne comprend pas la nature du serment, ce dernier peut néanmoins être admis à témoigner, sans cette formalité, s'il est suffisamment développé pour rapporter les faits dont il a eu connaissance et s'il comprend le devoir de dire la vérité. Dans le cas du témoignage d'un enfant non assermenté, l'article 301 *C.p.c.* précise que le tribunal ne pourra décider de l'issue du litige en se fondant uniquement sur ce témoignage s'il n'a pas été corroboré¹⁵⁸.

Dans les affaires qui relèvent de l'application de la *Loi sur le divorce*, la corroboration de l'enfant témoin non assermenté n'est pas exigée. La seule distinction posée par la *Loi sur la preuve* quant au témoignage de l'enfant concerne sa capacité de prêter ou non serment et de rapporter les faits. Ainsi, lorsqu'il s'agit d'un témoin âgé de moins de quatorze ans, le tribunal devra s'enquérir auprès de ce dernier, d'une part, s'il comprend la nature du serment ou de l'affirmation solennelle et, d'autre part, s'il est capable de communiquer les faits dans son témoignage¹⁵⁹. L'enfant qui comprend la nature du serment ou de l'affirmation solennelle pourra témoigner sous serment.

Celui qui ne comprend pas la nature du serment, mais qui est néanmoins capable de communiquer les faits pourra témoigner sur promesse de dire la

157. Art. 295 *C.p.c.* Bien qu'il s'agisse d'une affaire en matière de protection, voir néanmoins la décision dans *Protection de la jeunesse*-258, [1987] R.J.Q 1223, où le tribunal fait une analyse des dispositions relatives à la contraignabilité des témoins et de leur application à l'égard de l'enfant témoin.

158. À cet égard, il n'y a pas de doute que la jurisprudence élaborée relativement à la corroboration en matière de protection de la jeunesse peut se révéler d'un intérêt certain pour les juges de la Cour supérieure appelés à juger de telles causes.

159. Art. 16(1) a), b) de la *Loi sur la preuve au Canada*.

vérité¹⁶⁰. Lorsque l'enfant ne comprend pas la nature du serment et qu'il est incapable de communiquer les faits, il ne pourra pas témoigner¹⁶¹.

Quant aux déclarations extrajudiciaires de l'enfant à des tiers, elles constituent du *oui-dire* et ne sauraient qu'exceptionnellement être admises en preuve. En matière familiale, il n'existe pas, à ce jour, de dispositions particulières ayant traité de cette problématique¹⁶².

La décision récente de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *R. c. Khan*¹⁶³ vient, toutefois, créer une nouvelle exception en matière de *oui-dire*. Bien qu'il s'agisse d'une cause en matière criminelle, il n'en demeure pas moins que les principes établis pourront, selon toute vraisemblance, s'appliquer à la règle prohibant le *oui-dire* en matière civile¹⁶⁴.

En l'occurrence, la Cour suprême favorise l'assouplissement des restrictions à la règle prohibant le *oui-dire* dans le cas du témoignage des jeunes enfants. Selon la Cour, la preuve par *oui-dire* de la déclaration d'un enfant peut être reçue en preuve lorsqu'elle rencontre deux exigences, soient celles de la nécessité et de la fiabilité.

En ce qui concerne la question de la nécessité, l'honorable juge McLachlin affirme:

«La première question devrait être de savoir si la réception de la déclaration relatée est nécessaire. À ces fins, la nécessité doit être interprétée dans le sens de [TRADUCTION] "raisonnablement

160. Art. 16(3) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Cela laisse toutefois sous-entendre que le tribunal devra vérifier si l'enfant comprend ou non en quoi consiste le devoir de dire la vérité.

161. Art. 16(4) de la *Loi sur la preuve au Canada*.

162. Voir toutefois les dispositions prévues aux articles 2869 et s. *C.c.Q.* En l'occurrence, l'article 2870 prévoit que: «*La déclaration faite par une personne qui ne comparaît pas comme témoin, sur des faits au sujet desquels elle aurait pu légalement déposer, peut être admise à titre de témoignage, pourvu que, sur demande et après qu'avis en ait été donné à la partie adverse, le tribunal l'autorise. Celui-ci doit cependant s'assurer qu'il est impossible d'obtenir la comparution du déclarant comme témoin, ou déraisonnable de l'exiger, et que les circonstances entourant la déclaration donnent à celle-ci des garanties suffisamment sérieuses pour pouvoir s'y fier. Sont présumés présenter ces garanties, notamment...les déclarations spontanées et contemporaines de la survenance des faits.*»

163. *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531. Voir également «*Le témoignage des enfants en droit pénal et en droit civil*», *supra*, note 45, p. 85 et s.; T. WALSH, «*Abus sexuels d'enfants : développements récents en droit criminel*», dans *L'enfant abusé: psychologie et droit* (1992), *supra*, note 14, p. 96 et s.; T. WALSH, «*Hearsay-Children's Statements*», *J. du B.*, 1993-02-15, p. 8.

164. Voir «*La preuve civile*», *supra*, note 32, p. 237-238.

nécessaire" L'inadmissibilité du témoignage de l'enfant pourrait être une raison de conclure à l'existence de la nécessité. Mais une preuve solide fondée sur des évaluations psychologiques que le témoignage devant le tribunal pourrait être traumatisant pour l'enfant ou lui porter préjudice pourrait également être utile. Il peut y avoir d'autres exemples de circonstances qui pourraient établir l'exigence de la nécessité.»¹⁶⁵

La notion de «nécessité», telle que définie par la Cour suprême, n'est pas sans rappeler les conditions imposées par le législateur québécois dans le cadre des dispositions prévues aux articles 85.1 et s. de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, qui prévoient que la déclaration antérieure de l'enfant ne peut être admise en preuve que lorsque l'enfant est considéré comme inapte à témoigner.

Quant au caractère fiable des déclarations de l'enfant, la Cour estime :

«Plusieurs considérations comme le moment où la déclaration est faite, le comportement, la personnalité de l'enfant, son intelligence et sa compréhension des choses et l'absence de toute raison de croire que la déclaration est le produit de l'imagination peuvent être pertinentes à l'égard de la question de la fiabilité. Je ne voudrais pas établir une liste précise des considérations applicables à la fiabilité ni laisser entendre que certaines catégories de preuves (par exemple le témoignage de jeunes enfants en matière sexuelle) devraient être considérées comme dignes de foi. Les questions relatives à la fiabilité vont varier avec l'enfant et les circonstances et relèvent davantage du juge du procès.»¹⁶⁶

b) Le témoin expert, l'expertise et la contre-expertise¹⁶⁷

Le témoignage d'expert en matière familiale peut se révéler indispensable pour établir que l'enfant a été abusé sexuellement, d'autant plus que c'est souvent dans le cadre de litiges mettant en cause la garde de l'enfant que des fausses allégations d'abus sont les plus susceptibles de se présenter¹⁶⁸.

165. *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, 546.

166. *Ibid.*, p. 547.

167. Les règles régissant la preuve par expert ont déjà été traitées plus haut; il ne nous apparaît pas nécessaire de reprendre ici l'ensemble de ces règles.

168. En effet, ainsi que l'affirme YUILLE, *supra*, note 68, p. 17: «...la proportion des fausses allégations serait à la hausse dans certains contextes, particulièrement - comme vous en avez sans doute fait l'expérience - dans celui des litiges portant sur la garde des enfants ou le droit de visite. En effet, les fausses allégations seraient fréquentes et même à la hausse dans ce contexte.» Voir notamment les décisions dans: *Protection de la jeunesse-380*, [1990] R.J.Q. 529 (C.S.); *Droit de la famille-1717*, [1993] R.J.Q. 166 (C.S.), (portée en appel).

Le recours à la preuve d'expert relève non seulement de la liberté des parties, qui peuvent choisir de présenter ou non une telle preuve, mais également de la discrétion du juge, celui-ci pouvant exiger une preuve d'expert. Toutefois, conformément aux dispositions de l'article 7 de la *Loi sur la preuve au Canada*, le nombre de témoins experts autorisé dans les affaires relevant de la *Loi sur le divorce* est limité à cinq par partie, sauf permission du tribunal.

Le témoignage et le dépôt du rapport sont régis par les dispositions du *Code de procédure civile*¹⁶⁹. Ainsi, à moins qu'il ne s'agisse d'une des exceptions prévues, la présence et le témoignage de l'expert sont normalement requis en cour. Le témoin expert ne peut, sauf permission, être entendu par le tribunal si son rapport n'a pas été produit au greffe, avec avis et copies signifiés aux parties¹⁷⁰.

Par ailleurs, le tribunal peut ordonner une expertise de sa propre initiative, auquel cas l'expert est mandaté par le tribunal quant à la portée et à la nature de l'expertise¹⁷¹. Une partie peut demander le rejet du rapport pour cause de nullité ou d'irrégularité. Lorsque le rapport n'a pas été attaqué ou mis à l'écart, le rapport, les témoignages et les pièces qui l'accompagnent font partie de la preuve. Le tribunal n'est toutefois pas tenu de suivre l'opinion émise par l'expert¹⁷².

En vertu de l'article 815.1 *C.p.c.*, le tribunal est autorisé à ordonner la production de toute preuve additionnelle ainsi que l'assignation de toute personne dont il estime le témoignage utile, ce qui inclurait notamment le recours à une expertise ou au témoignage de l'enfant lorsque les circonstances l'exigent.

Tel qu'il appert des *Règles de pratiques de la Cour supérieure en matière familiale*¹⁷³, c'est au Service d'expertise psycho-sociale¹⁷⁴ rattaché à la Cour supérieure qu'incombe la tâche de procéder à l'expertise des enfants mineurs impliqués dans des litiges devant cette cour¹⁷⁵. Une telle ordonnance

169. Voir les articles 294.1, 402 et s., *C.p.c.* Voir également «*La preuve civile*», *supra*, note 32, p. 172 et s.

170. Art. 402.1 *C.p.c.* Voir, à ce sujet, les règles de pratique.

171. Art. 414 *C.p.c.* Sur l'expert nommé par la cour, voir «*La preuve civile*», *supra*, note 32, p. 177 et s. Les règles régissant la production d'un tel rapport sont prévues à l'art. 421 *C.p.c.*

172. Art. 423 *C.p.c.*

173. *Règles de pratiques de la Cour supérieure en matière familiale* (R.S.Q., c. C-25, a. 47)

174. Sur l'expertise psycho-sociale, voir notamment P. LAMONTAGNE, «*L'expertise psycholégale au tribunal de la famille (Cour supérieure)*», dans *Les Enfants devant la justice*, *supra*, note 27, p. 257 à 275.

175. Art. 23.1 des *Règles de pratique de la Cour supérieure en matière familiale*.

ne peut être rendue que du consentement des parties¹⁷⁶ et doit être précédée d'une preuve permettant au tribunal de décider de son opportunité¹⁷⁷. L'ordonnance doit indiquer l'objet spécifique de l'expertise. Le rapport de l'expert fait partie de la preuve et celui-ci peut être appelé à témoigner¹⁷⁸. Le rapport d'expertise préparé est transmis au juge qui a signé l'ordonnance et ce dernier le distribue aux procureurs des parties ou aux parties elles-mêmes lorsqu'elles ne sont pas représentées¹⁷⁹.

En l'occurrence, la contre-expertise peut s'avérer nécessaire pour contredire une expertise présentée par l'une des parties ou pour contester celle qui aurait été ordonnée par la cour. Le même critère applicable à l'admissibilité de l'expertise s'applique à la contre-expertise, à savoir qu'elle devra être nécessaire.

2. La preuve documentaire

La preuve documentaire comprend, telle qu'indiquée précédemment, toute preuve faite au moyen d'un document et plus particulièrement celle qui vise à prouver la véracité de son contenu.

Les rapports du médecin et de l'officier de police peuvent tenir lieu du témoignage de leur auteur¹⁸⁰, alors que les rapports préparés par d'autres personnes, tels les psychologues, les psychiatres, les travailleurs sociaux ou autres experts doivent être produits conformément aux exigences du *Code de procédure civile*¹⁸¹.

Le rapport de l'expert désigné par la cour, incluant l'expertise du service psycho-social, doit être produit dans les délais et en la manière prescrits par le tribunal¹⁸².

En dernier lieu, soulignons que le jugement rendu dans une autre affaire peut aussi être considéré comme constituant une preuve documentaire et faire preuve de son contenu¹⁸³. Bien qu'en matière civile, le tribunal ne soit pas lié

176. Art. 23.2 des *Règles de pratique de la Cour supérieure en matière familiale*.

177. Art. 23.3 des *Règles de pratique de la Cour supérieure en matière familiale*.

178. Art. 23.6 des *Règles de pratique de la Cour supérieure en matière familiale*.

179. Art. 24 des *Règles de pratique de la Cour supérieure en matière familiale*.

180. Art. 294.1 *C.p.c.*

181. Art. 402.1 et s. *C.p.c.*

182. Art. 421 *C.p.c.*

183. Voir notamment «*Droit de la preuve pénale*», *supra*, note 100, p. 30. Selon L. Ducharme, *Précis de la preuve*, *supra*, note 33, p. 28, le jugement serait considéré comme un acte authentique aux fins d'application de l'article 1207 C.c. et par conséquent, il ferait preuve à l'égard de tous des faits qui y sont constatés. Voir également Royer, «*La preuve civile*»,

par le jugement d'une cour criminelle, la preuve que l'un des parents fut déclaré coupable d'une infraction à caractère sexuel commise à l'égard de l'enfant peut constituer un élément important de la preuve pour établir l'existence d'un abus sexuel. Il en est de même du jugement prononcé par la Chambre de la jeunesse et déclarant la compromission à la suite d'un abus sexuel.

3. La preuve par présomption

«On peut supposer que le législateur n'aurait pas soumis les enfants à l'autorité de leur père et mère s'il n'existait pas une présomption de fait que ceux-ci agissent habituellement dans l'intérêt de leurs enfants. C'est dans cette présomption que ce retrouve la cohérence entre l'article 30 (C.c.) et l'article 646 (C.c.Q.). Cette présomption n'est en définitive que le reflet de l'ordre naturel des choses. Il s'agit à mon sens d'une proposition qui n'a pas à être démontrée.

[...] la loi consacre le principe que les père et mère ou, le cas échéant, le survivant d'entre eux, sont présumés agir dans le meilleur intérêt de leurs enfants.»¹⁸⁴

La séparation et le divorce remettent en question la présomption selon laquelle les titulaires de l'autorité parentale peuvent exercer ensemble les divers attributs qui la composent, dont la garde de l'enfant.

Les parents de l'enfant étant présumés également aptes à répondre à ses besoins, le tribunal doit déterminer, en tenant compte de l'intérêt de l'enfant et du respect de ses droits, lequel pourra le mieux s'en occuper quotidiennement¹⁸⁵.

Le tribunal doit donc tenir compte des allégations d'abus sexuels par l'un des parents en raison des effets dévastateurs que l'existence d'une telle situation pourrait avoir sur l'enfant advenant qu'elle soit réelle et que l'enfant continue à avoir des contacts avec son agresseur.

Cependant, on doit établir clairement, selon la règle de la prépondérance de la preuve, l'existence des abus sans quoi le tribunal ne pourra pas priver sans motif le parent, présumé agresseur ou étant soupçonné d'avoir un comportement sexuel marginal, des droits qui découlent normalement de

supra, note 32, p. 87 et s.

184. *Droit de la famille*-320, (1987) R.J.Q. 9 (C.A.), 14.

185. Voir notamment «*Précis de Droit des jeunes*», *supra*, note 144 p. 89 et s.; «*Précis du droit de la famille*», *supra*, note 144, p. 316 et s.; M.-J. BLONDIN, D. DÉSY, F. DESROCHERS, A. LE MONIER, C. LUSSIER, «*Évolution jurisprudentielle (1950-1983) du critère de la conduite des conjoints dans l'attribution de la garde des enfants*», (1986) 46 R. du B., 105.

l'autorité parentale dont il est toujours le titulaire¹⁸⁶. Si la Chambre de la jeunesse est déjà saisie du dossier, la Cour supérieure suspendra habituellement sa décision pour éviter des ordonnances contradictoires. Elle attendra de connaître l'issue des procédures en matière de protection de la jeunesse.

En ce qui concerne la déclaration de déchéance de l'autorité parentale, la partie qui la demande doit renverser la présomption d'aptitude des parents, prouver un motif grave et démontrer en quoi la déchéance est nécessaire pour préserver l'intérêt de l'enfant. Malgré la preuve d'un motif grave, le parent peut néanmoins soulever une excuse légitime pour justifier sa conduite ou, encore alléguer que l'intérêt de l'enfant et le respect de ses droits n'exigent pas qu'il soit déchu de son autorité parentale¹⁸⁷.

En matière familiale, comme en matière de protection, la preuve par présomption de faits permettra d'établir l'existence des abus sexuels à l'égard de l'enfant.

4. La preuve par aveu

L'aveu par une partie reconnaissant qu'elle a abusé sexuellement de son enfant dans le cadre d'une instance en séparation de corps ou en divorce est plutôt rare. Il faut, le plus souvent, s'en remettre à la preuve d'un aveu extrajudiciaire. Il appartiendra à la partie qui allègue l'existence de l'aveu de le prouver. Lorsque l'aveu découle d'un plaidoyer de culpabilité relatif aux faits en litige, sa mise en preuve pourrait permettre d'établir de façon prépondérante l'existence d'un abus sexuel. Toutefois, le parent ne peut consentir à être déchu. La Chambre de la jeunesse a déjà considéré comme suffisant, pour déclarer la déchéance parentale¹⁸⁸, la preuve que la sécurité et le développement de l'enfant étaient compromis pour abus sexuel.

C) Le fardeau de la preuve

La règle applicable est, comme dans tout litige en matière civile, celle de la prépondérance de la preuve. Ainsi, la preuve de l'existence d'abus sexuels susceptibles de compromettre l'exercice du droit de garde ou des droits de visite incombe à la partie qui allègue l'existence de ces abus. Elle devra, par une

186. Voir notamment *Droit de la famille-316*, (C.A.), J.E. 86-1127; *Droit de la famille-1114*, [1988] R.D.F. 50; *Droit de la famille-1153*, [1988] R.D.F. 129; *Droit de la famille-663*, [1989] R.J.Q. 1550; *Droit de la famille-703*, [1989] R.D.F. 609, J.E. 89-1409; *Droit de la famille-1287*, [1989] R.D.F. 625.

187. Voir notamment *Droit de la famille-1173*, [1988] R.D.F. 332; *Droit de la famille-1343*, [1990] R.D.F. 531.

188. *Droit de la famille-1343*, [1990] R.D.F. 531.

prépondérance de la preuve, démontrer au tribunal que l'enfant est ou a été abusé sexuellement et qu'il est dans son intérêt que ses contacts avec le parent agresseur soient, sinon interdits, à tout le moins restreints ou supervisés¹⁸⁹.

Le fardeau de la preuve incombe donc au parent qui veut empêcher ou restreindre les contacts de l'enfant avec le parent agresseur. Il doit persuader le tribunal que, selon toute probabilité, l'autre parent a abusé de son enfant et que l'exercice des droits de garde ou de visite de ce parent serait contraire à l'intérêt de l'enfant.

En matière de déchéance parentale, la partie requérante doit, lorsqu'il s'agit d'abus sexuels, prouver outre leur existence que l'intérêt de l'enfant sera mieux servi en mettant définitivement fin aux liens existant entre l'enfant et le parent agresseur¹⁹⁰.

D) La force probante de la preuve¹⁹¹

Plus le témoin déclare de façon claire et précise les faits dont il a eu la connaissance, plus la force probante accordée au témoignage sera grande. En matières familiales, le tribunal peut toutefois se montrer prudent lorsque le témoin a un lien de parenté avec l'une des parties, laissant supposer un certain degré de partialité quant à la perception et l'interprétation des faits¹⁹².

En ce qui concerne le témoin enfant, la force probante de son témoignage dépend en grande partie de sa capacité de rapporter les faits avec précision et constance. En effet,

«En toute circonstance, le juge devra jauger la crédibilité d'un enfant appelé à s'exprimer dans un environnement inhabituel et à répondre à des questions formelles. Les avocats expérimentés sont alors d'un grand secours pour n'exiger de l'enfant que ce qu'il veut dire, comme il veut le dire.

Le comportement des enfants suite à la séparation de leurs parents peut, la plupart du temps, se prouver autrement. La loi ouvre au tribunal des moyens de s'en enquérir par d'autres voies, telle la représentation par avocat (art. 816 C.p.c.) ou l'expertise

189. Voir notamment *Droit de la famille-1717*, [1993] R.J.Q. 166, (C.S.), (portée en appel).

190. Voir notamment *Droit de la famille-1343*, [1990] R.D.F. 531.

191. Comme cette question a déjà été traitée de façon élaborée à la section E, chapitre I, elle ne sera abordée que brièvement dans la présente section.

192. Le deuxième alinéa de l'article 295 C.p.c. précise que la parenté, l'alliance, et l'intérêt peuvent constituer des causes de reproches contre un témoin, mais uniquement quant au degré de crédibilité accordé à son témoignage.

*psychosociale. Le juge exerce, même d'office, un pouvoir discrétionnaire à cet égard.»*¹⁹³

La force probante des déclarations antérieures de l'enfant à des tiers dépend largement de leur constance et des circonstances dans lesquelles elles ont été faites. La corroboration par des témoignages et des expertises devrait s'avérer suffisante pour convaincre le tribunal du bien fondé et de la fiabilité des déclarations faites par l'enfant.

*«La recevabilité mais surtout la valeur probante de ces preuves dépendent de la possibilité d'inférer en toute logique une connexité entre les données recueillies et l'abus sexuel.»*¹⁹⁴

La force probante de la preuve d'expert en matière d'abus sexuels dépend non seulement de l'objet de l'expertise, mais aussi des méthodes employées, des qualifications de l'expert et de son impartialité¹⁹⁵. Lorsque les faits sur lesquels l'expertise s'appuie ont été prouvés de façon prépondérante, l'expertise aura une valeur d'autant plus convaincante et probante.

CHAPITRE III: LA PREUVE DE L'ABUS SEXUEL DEVANT LA CHAMBRE CRIMINELLE ET PÉNALE DE LA COUR DU QUÉBEC

*«Il y a à peine plus d'une décennie, les enfants-témoins n'étaient pas bienvenus dans les cours criminelles. Il était difficile de les faire assermenter. Non assermenté, leur témoignage exigeait une forme stricte de corroboration comme préalable à son admissibilité. Même assermenté, leur témoignage devait faire l'objet d'une mise en garde spéciale au jury. En bref, la soi-disant sagesse était à l'effet qu'ils étaient des témoins foncièrement indignes de confiance et ce particulièrement en ce qui a trait aux témoignages concernant les abus sexuels.»*¹⁹⁶

Entrées en vigueur depuis le 1er janvier 1988, les modifications apportées par la *Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada*¹⁹⁷, sont venues faciliter le témoignage des enfants victimes d'infractions sexuelles.

193. «L'enfant dans les instances mues en Cour supérieure», dans *Les Enfants devant la justice*, supra, note 148, p. 225-226.

194. Me J. Ulysse, cité dans «Abus sexuel d'enfants: réponse judiciaire», supra, note 61.

195. Voir notamment, «L'expertise psycho-légale au Tribunal de la famille (Cour supérieure)», dans *Les enfants devant la justice*, supra, note 27, aux p. 261 et s.

196. T. WALSH, «Abus sexuels d'enfants: développements récents en droit criminel», dans *Enfants abusés: psychologie et droit (1992)*, supra, note 14, p. 89.

197. *Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada*, S.C., 1987, c. 24.

A) L'objet et la nature du débat

Le nombre d'infractions et d'agressions à caractère sexuel à l'égard des enfants a augmenté considérablement au cours des dernières années. Certaines infractions donnent à l'enfant la possibilité de témoigner hors de la présence de l'accusé ou de faire une déclaration par enregistrement sur bande magnétoscopique. Dans d'autres cas, le témoignage de l'enfant n'a plus à être corroboré et la preuve relative à la plainte spontanée n'est plus requise.

Parmi ces infractions, on retrouve notamment les contacts sexuels¹⁹⁸, l'inceste¹⁹⁹, les relations sexuelles anales²⁰⁰, la bestialité²⁰¹, la corruption²⁰², les actions indécentes et l'exhibitionnisme²⁰³, et les agressions sexuelles à divers degrés²⁰⁴.

En matière criminelle, non seulement la présomption d'innocence confère à l'inculpé certains droits, dont ceux qui lui sont garantis par la *Charte*, mais elle a aussi des répercussions directes sur l'ensemble des règles d'administration de la preuve pénale²⁰⁵. Le procès de tout accusé doit se dérouler conformément aux règles prescrites par le *Code criminel*, dans le respect de son droit à une défense pleine et entière et des règles de justice naturelle, ainsi que des droits fondamentaux qui sont garantis à tous par la *Charte canadienne des droits et libertés*²⁰⁶. Sauf les cas exceptionnels, l'accusé d'un acte criminel doit être présent devant le tribunal durant toute la durée de son procès²⁰⁷. L'accusé ne peut être contraint de témoigner²⁰⁸ et le droit au silence lui est garanti par l'article 11 (c) de la *Charte*.

Lorsque l'accusé ne plaide pas coupable, le procureur de la poursuite pourra recourir à divers moyens de preuve, dont l'audition de témoins, pour

198. Art. 151 *C.cr.*

199. Art. 155 *C.cr.*

200. Art. 159 *C.cr.*

201. Art. 160 *C.cr.*

202. Art. 172 *C.cr.*

203. Art. 173 *C.cr.*

204. Art. 271 et s. *C.cr.* J. FORTIN, L. VIAU, «*Traité de droit pénal général*», Les Éditions Thémis, 1982, p. 45: L'infraction est définie comme étant «toute violation de la loi pour laquelle celui qui en est l'auteur est passible d'une peine». Les procédures sont de nature accusatoires.

205. «*Droit de la preuve pénale*», *supra*, note 100, p. 7.

206. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11), proclamée en vigueur le 17 avril 1982, rapportée L.R.C. (1985), App. II, no. 44.

207. Article 650(1) *C.cr.* Toutefois, lorsqu'il s'agit d'un procès par voie sommaire, l'article 800(2) *C.cr.* prévoit que le défenseur peut comparaître en personne ou par voie de son procureur.

208. Art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

établir la culpabilité de l'accusé. On doit prouver hors de tout doute raisonnable les divers éléments constitutifs de l'infraction, notamment l'élément matériel - l'*actus reus*, et l'élément mental - la *mens rea*, ainsi que toute autre allégation pouvant être contenue dans l'acte d'accusation. L'accusé peut ensuite présenter une défense et il peut néanmoins contre-interroger les témoins de la poursuite et présenter une plaidoirie même s'il ne présente pas de défense.

B) Les moyens de preuve

En matière pénale, les parties peuvent recourir à divers moyens de preuve. Il peut notamment s'agir de la preuve testimoniale, de la preuve des déclarations antérieures, de la preuve documentaire ou de la preuve réelle ou dite matérielle. Bien que le choix des moyens de preuve relève de la discrétion des parties, toute preuve pertinente est admissible à moins qu'elle ne soit interdite par une règle spéciale d'exclusion. «On entend par pertinence la relation qui doit exister entre le fait que l'on veut mettre en preuve et le fait en litige»²⁰⁹. Peut notamment être exclue la preuve obtenue illégalement ou en violation des droits garantis à l'accusé par la *Charte canadienne des droits et libertés*.

1. La preuve testimoniale

L'article 118 du *Code criminel* définit le témoin comme étant toute:

*«Personne qui témoigne oralement sous serment ou par affidavit dans une procédure judiciaire, qu'elle soit habile ou non à être témoin, y compris un enfant en bas âge qui témoigne sans avoir été assermenté parce que, de l'avis de la personne qui préside, il ne comprend pas la nature d'un serment.»*²¹⁰

a) Le témoin ordinaire

i) Le témoin adulte

Une personne ne peut habituellement pas témoigner à moins d'avoir prêté serment ou fait l'affirmation solennelle²¹¹. En effet, la personne doit être capable et habile²¹². Toute personne âgée de plus de 14 ans est présumée capable

209. «Droit de la preuve pénale», *supra*, note 100, p. 112.

210. Par ailleurs, le témoignage, également défini à l'article 118 C.cr. consisterait en une «assertion de fait, opinion, croyance ou connaissance, qu'elle soit essentielle ou non et qu'elle soit admissible ou non.»

211. Art. 540 C.cr.

212. «Droit de la preuve pénale», *supra*, note 100, p. 241.

de témoigner. Toutefois, cette présomption peut être réfutée, en vertu de l'article 16(5) de la *Loi sur la preuve au Canada*, qui prévoit que l'on peut mettre en doute la capacité mentale du témoin âgé de plus de 14 ans à comprendre la nature du serment ou de l'affirmation solennelle. «*L'habilité est la qualité légale permettant à une personne de déposer en justice à la demande d'une partie au litige.*»²¹³ En principe, toute personne susceptible de fournir une preuve pertinente et admissible est considérée comme habile à témoigner. Par ailleurs, suivant l'article 3 de la *Loi sur la preuve au Canada*, nul n'est inhabile à témoigner pour cause d'intérêt ou de crime. En dehors de l'accusé et hormis certaines exceptions prévues par la loi²¹⁴, toute personne capable et habile est contraignable.

En matière d'infractions à caractère sexuel contre l'enfant, le témoin adulte pourrait être n'importe quelle personne susceptible de fournir une preuve pertinente sur les circonstances entourant la commission de l'infraction ou sur les réactions de l'enfant victime de l'abus sexuel.

Bien que la corroboration ne soit plus exigée relativement au témoignage non assermenté de l'enfant, elle pourrait néanmoins être exigée relativement à l'admissibilité en preuve des déclarations antérieures de l'enfant. En effet, d'après l'affaire *R. c. Khan*²¹⁵, l'exception à la règle du *oui-dire* permettant l'admissibilité en preuve de la déclaration antérieure de l'enfant dépend non seulement de sa nécessité, mais aussi de sa fiabilité, laquelle sera grandement accrue lorsqu'elle sera soutenue par une preuve de nature corroborative apportée par d'autres témoins²¹⁶.

ii) Le témoin enfant

En vertu de la *Loi sur la preuve au Canada*, l'enfant âgé de plus de 14 ans est présumé apte à témoigner. S'il est âgé de moins de 14 ans, la loi impose au tribunal de tenir une enquête afin de déterminer s'il comprend la nature du serment ou de l'affirmation solennelle et s'il est capable de rapporter les faits²¹⁷.

213. *Ibid.*

214. Voir notamment l'article 4 de la *Loi sur la preuve au Canada*, qui prévoit la non-contraignabilité de l'accusé et de son conjoint. Toutefois, dans les cas de certaines infractions à caractère sexuel, le conjoint de l'accusé est considéré comme habile et devient par conséquent contraignable. Soulignons que les conjoints de fait ne sont pas considérés comme mari et femme et qu'ils ne pourront conséquemment invoquer la non-contraignabilité pour se soustraire au témoignage. Voir à ce sujet «*Droit de la preuve pénale*», *supra*, note 100, p. 254 et s.

215. Précitée, *supra* note 163. Au même effet, voir notamment *R. v. P(J.)*, (1992) 74 C.C.C. (3d) 276 (C.A.Q.).

216. Voir notamment *L.(A.) c. R.*, (C.A.) J.E. 91-798.

217. Art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

L'enfant qui ne comprend pas la nature du serment ou de l'affirmation solennelle, mais qui est en mesure de reporter les faits peut être admis à témoigner sur promesse de dire la vérité. S'il ne comprend ni la nature du serment ou de l'affirmation solennelle et s'il est incapable de rapporter les faits, il ne pourra pas témoigner.

-- La corroboration

La corroboration n'est plus nécessaire pour le témoignage de l'enfant non assermenté²¹⁸. De plus, elle a été également supprimée pour la plupart des infractions à caractère sexuel à l'égard d'enfants²¹⁹. Toutefois²²⁰, en dépit de la clarté des dispositions du *Code criminel* à ce sujet, les tribunaux se montrent toujours récalcitrants à appliquer pleinement cette règle et persistent à s'inspirer de la règle de *common law* exigeant la corroboration dans l'hypothèse du témoignage non assermenté de l'enfant.

Rappelons, cependant que la décision de la Cour suprême du Canada, dans l'affaire *R. c. Khan*, a créé une nouvelle exception rendant admissible la déclaration antérieure de l'enfant lorsque celle-ci rencontre les critères de la nécessité et de la fiabilité.

Pour faciliter le témoignage de l'enfant victime d'abus sexuel, le *Code criminel* fut modifié de façon à permettre certaines mesures de nature à rendre cette expérience moins pénible pour l'enfant.

218. Ainsi que le souligne T. Walsh, «*Abus sexuels d'enfants: développements récents en droit criminel*», *supra*, note 196, p.115: «*Les exigences de la corroboration statutaire ont été éliminées et la définition de la corroboration a été assouplie pour n'exiger qu'une preuve qui rend le témoignage plus probable. Les deux questions qui ne semblent pas résolues sont: dans quels cas sera-t-il permis au juge des faits de rechercher la corroboration pour étayer le témoignage d'un enfant, et comment la règle prévue par R. c. B.(G.), (1990) 56 C.C.C. (3d) 161 se développe-t-elle? Celle-ci n'était pas une règle permettant à une Cour de rechercher de la corroboration pour éviter de s'appuyer périlleusement sur le seul témoignage d'un enfant, mais plutôt une règle exigeant que la Cour recherche une corroboration avant d'acquitter.*»

219. Art. 274 et 275 C.cr. Il en est de même des règles relatives à la plainte spontanée.

220. Voir notamment *Le témoignage des enfants en droit pénal et en droit civil*, *supra*, note 45, p. 23-30; «*Abus sexuels d'enfant: développements récents en droit criminel*», *supra*, note 196, p. 115 et s.; M. MISENER, «*Children's Hearsay Evidence in Child Sexual Abuse Prosecutions: A Proposal for Reform*», (1990-91) 33 *Criminal Law Quarterly* 364; N. BALA, «*Double Victims: Child Sexual Abuse and the Canadian Criminal Justice System*», (1990-91) 15 *Queen's Law Journal* 3. Voir aussi la décision de la Cour suprême *R. c. W.*, [1992] 2 R.C.S. 122, J.E. 92-909.

-- Le témoignage derrière écran

L'article 486 (2.1) *C.cr.* prévoit que le plaignant âgé de moins de 18 ans, dans le cadre du procès d'une personne accusée pour l'une des infractions à caractère sexuel énumérées à cet article, peut témoigner à l'extérieur de la salle d'audience, à l'aide d'une caméra à circuit fermée, ou derrière un écran qui le met à l'abri des regards de l'accusé²²¹. Avant de permettre à l'enfant de témoigner de cette façon, le juge doit au préalable déterminer si l'enfant serait intimidé ou mal à l'aise au point que son témoignage serait perturbé s'il ne témoignait pas hors de la présence de l'accusé²²².

Dans la mesure où cette manière de procéder déroge indirectement à la règle selon laquelle l'accusé doit être présent durant toute la durée de son procès²²³, il n'est pas étonnant qu'elle ait été contestée. Toutefois, dans *R. c. Legiovannis*²²⁴, la Cour d'appel de l'Ontario a décidé que les dispositions de l'article 486 (2.1) *C.cr.* ne violent pas les droits prévus aux articles 7 ou 11 (d) de la *Charte canadienne*.

-- Le témoignage de l'enfant par enregistrement magnétoscopique

Conformément aux dispositions de l'article 715.1 *C.cr.*, lorsque le plaignant est âgé de moins de 18 ans, un enregistrement magnétoscopique, réalisé dans un délai raisonnable après la perpétration de l'infraction reprochée et montrant le plaignant en train de décrire les faits à l'origine de l'infraction, sera admissible en preuve si le plaignant confirme le contenu de l'enregistrement lors de son témoignage²²⁵. Par ailleurs, selon l'auteur C. Dubreuil²²⁶, le tribunal devrait tenir un *voir-dire* pour décider de l'admissibilité de l'enregistrement.

L'introduction de ce moyen particulier de preuve visait, d'une part, à recueillir la déclaration de l'enfant victime alors que le déroulement et les faits

221. Voir notamment «*Le témoignage des enfants en droit pénal et en droit civil*», *supra*, note 45, p. 63 et s. Voir également une décision rendue avant l'entrée en vigueur du P.L. C-15, mais néanmoins d'intérêt de par les questions soulevées, *Protection de la jeunesse-226*, [1986] R.J.Q. 2920, renversée en appel dans *Protection de la jeunesse-226*, [1987] R.J.Q. 326 (C.S.).

222. «*Le témoignage des enfants en droit pénal et en droit civil*», *supra*, note 45, p. 63.

223. Art. 650 *C.cr.*

224. *R. c. Levogiannis*, (1990) 62 C.C.C. (3d) 59 (C.A. Ontario), rapportée dans «*Abus sexuels d'enfants: développements récents en droit criminel*», *supra*, note 196, p. 120.

225. Voir notamment «*Abus sexuels d'enfants: développements récents en droit criminel*», *supra*, note 196, p. 118 et s.; «*Le témoignage des enfants en droit pénal et en droit civil*», *supra*, note 45, p. 56 et s.; «*Double victims: Child Sexual Abuse and the Canadian Criminal Justice System*», *supra*, note 220, p. 8 et s.

226. «*Le témoignage des enfants en droit pénal et en droit civil*», *supra*, note 45, p. 59 et s.

des événements sont encore frais à sa mémoire et, d'autre part, à lui éviter d'avoir à témoigner sur ces faits lors du procès. Toutefois, bien que l'enfant ne sera pas appelé à témoigner relativement à sa déclaration, autrement que pour en confirmer le contenu devant le tribunal, il devra néanmoins se soumettre au contre-interrogatoire de la défense²²⁷.

b) Le témoin expert

L'article 7 de la *Loi sur la preuve au Canada* limite à cinq le nombre d'experts que chaque partie peut appeler à témoigner. Le tribunal peut, toutefois, en autoriser un nombre supérieur.

La preuve d'expert est admissible aux conditions déjà indiquées antérieurement. La qualité et ses qualifications doivent être établies par le tribunal à la suite de la tenue d'un *voir-dire*. Si la partie adverse admet les qualifications de l'expert, l'autre partie sera dispensée d'en faire la preuve. Il appartiendra au juge de décider si la question en litige donne ouverture à la nécessité de l'expertise. Contrairement au témoin ordinaire, l'expert n'a pas besoin d'avoir une connaissance personnelle des faits sur lesquels il fonde son opinion²²⁸.

En matière d'infractions à caractère sexuel à l'égard d'enfants, le témoignage de l'expert peut s'avérer utile pour confirmer l'existence des abus subis par l'enfant. En effet, il peut permettre d'expliquer des signes physiques²²⁹ ou des types de comportements caractéristiques de l'enfant abusé²³⁰ ou une dynamique familiale qui est susceptible de conduire à de tels abus. Il peut, de plus, expliquer les réticences de l'enfant, notamment quant à la divulgation des faits entourant les gestes sexuels. Le témoignage de l'expert ne peut, cependant, servir pour attester de la crédibilité de l'enfant témoin²³¹.

227. Voir la décision dans *R. v. Laramée*, (1991) 65 C.C.C. (3d) 465, (C.A. Manitoba), où l'article 715.1 *C.cr.* fut déclaré inconstitutionnel parce que contraire aux articles 1, 7 et 11(d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

228. «*Droit de la preuve pénale*», *supra*, note 100, p. 155 et s.

229. Voir notamment *C.(A.) c. R.*, C.Q. 200-10-000108-907, Québec, 1992-03-12, J.E. 92-549. Cette décision a été portée en appel.

230. Voir notamment *R. c. Bois*, C.A. Québec, 200-10-000045-901, 1992-10-23, J.E. 92-1675; *R. c. B(G.)*, [1990] 2 R.C.S. 30;

231. Voir la décision de la Cour suprême du Canada dans *R. c. B.(G.)*, [1990] 2 R.C.S. 30; voir également: «*Le témoignage des enfants en droit pénal et en droit civil*», *supra*, note 45, p. 87 et s.; et l'analyse de la jurisprudence faite par T. Walsh dans «*Abus sexuels d'enfants: développements récents en droit criminel*», *supra*, note 196, p. 106 et s.

2. La preuve documentaire et matérielle

L'admissibilité de la preuve documentaire est régie par les dispositions des articles 19 et s. de la *Loi sur la preuve au Canada*. Selon la *common law*, lorsque le contenu du document est pertinent, on applique la règle de la meilleure preuve, c'est-à-dire la production de l'original. Lorsqu'on désire établir la véracité des déclarations contenues dans un document, il faut prouver leur authenticité²³². Conformément à l'article 23 de la *Loi sur la preuve au Canada*, la preuve d'une procédure judiciaire se fait en déposant une copie certifiée portant le sceau de la cour ou la signature de l'un des juges.

L'absence de dispositions, dans la *Loi sur la preuve au Canada*, traitant spécifiquement du dépôt du rapport d'expert, nous amène à conclure que celui-ci devra être déposé en preuve au moment du témoignage de l'expert qui l'a produit.

En ce qui concerne la mise en preuve d'enregistrements magnétoscopiques, le *Code criminel* ne précise aucune modalité particulière²³³. Toutefois, dans la mesure où il s'agit d'une preuve matérielle, il y a lieu de croire que les règles habituelles, s'appliquant à l'admissibilité en preuve d'un objet, trouveront ici application. Ainsi, il faudra notamment établir le contexte dans lequel ce moyen de preuve a été obtenu, sa fidélité, les conditions de conservation, le fait que le document n'a été d'aucune façon altéré, etc.²³⁴

La preuve matérielle peut aussi consister en la mise en preuve de divers échantillons (tels du sang, du sperme, des vêtements ou des cheveux), permettant d'établir un lien entre l'agresseur et la victime. En raison du droit à l'inviolabilité de sa personne, reconnu implicitement à l'accusé par l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui reconnaît à chacun le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives (ce qui comprend notamment les prélèvements sanguins), le tribunal devra se montrer particulièrement prudent en ce qui concerne les conditions d'obtention de cette preuve et du respect des droits de l'accusé lors du prélèvement de tels échantillons.

232. «Droit de la preuve pénale», *supra*, note 100, p. 321 et s.

233. Voir à cet effet les commentaires de C. Dubreuil dans «Le témoignage des enfants en droit pénal et en droit civil», *supra*, note 45, p. 59 et s., où l'auteur constate l'absence de marche à suivre quant à la mise en preuve de l'enregistrement.

234. Voir, toutefois, la décision dans *C.(A.) c. R.*, J.E. 92-549, où la Cour d'appel fut d'avis que le fait que le juge de première instance ait visionné une magnétocassette non admise conformément à l'article 715.1 *C.cr.* relevait de sa discrétion. En l'occurrence, il s'agissait d'une magnétocassette enregistrée dans le cadre de procédures en matière de protection et, sur laquelle les témoins experts se sont appuyés pour faire part de leur opinion.

3. Les présomptions

La *présomption légale* découle de la loi et dispense la poursuite de prouver un fait en litige²³⁵. Elle oblige le juge des faits à conclure à l'existence du fait sur la preuve de cette présomption. La présomption légale peut être réfutable, ce qui permet à l'accusé de prouver le contraire, ou irréfutable, auquel cas il sera impossible de la contredire par une preuve contraire.

Les *présomptions de fait* découlent d'une déduction fondée sur les circonstances entourant la commission de l'infraction, comme cela peut être le cas en ce qui concerne la présomption d'intention, alors qu'on peut en déduire l'existence à partir de la preuve faite relativement à la commission de l'acte reproché²³⁶.

Lorsque le substitut du Procureur général a complété la preuve de tous les éléments essentiels, l'accusé qui ne la contredit pas ou qui ne la réfute pas sera fort probablement condamné.

Dans le cas d'infractions à caractère sexuel à l'égard d'enfants âgés de moins de 14 ans, la preuve des éléments constitutifs de l'infraction peut s'avérer suffisante pour faire condamner l'accusé, puisqu'il lui sera très difficile de réfuter la présomption de faits qui pèse contre lui. En effet, l'un des moyens de défense souvent invoqué pour disculper l'accusé en matière d'infractions sexuelles est celui du consentement de la victime. Or, en ce qui concerne les enfants âgés de moins de 14 ans, l'article 150.1 *C.cr.* précise que le consentement de la victime ne peut constituer un moyen de défense.²³⁷ Toutefois, lorsque la victime et l'accusé sont sensiblement du même âge et que l'accusé n'exerce aucune autorité sur l'enfant, l'article 150.1 (2) *C.cr.* prévoit que son consentement pourra constituer un moyen de défense.

4. L'aveu

«On entend par "aveu judiciaire" la reconnaissance par une partie, devant le tribunal, du fait qui est allégué contre elle. L'aveu judiciaire peut être total (le plaidoyer de culpabilité) ou partiel (l'admission

235. «Droit de la preuve pénale», *supra*, note 100, p. 23.

236. *Ibid.*, p. 24

237. Voir notamment la décision dans *R. c. Paquette*, C.Q.: 450-01-000837-901, Saint-François, 1992-02-13, J.E. 92-623, où une femme de 37 ans fut déclarée coupable d'attouchements sexuels par une personne en autorité, en raison des rapports sexuels qu'elle a eu avec un adolescent âgé de 14 ans qui aurait prétendument consenti à ses rapports. En l'occurrence, l'adolescent agissait à titre de gardien auprès des enfants de l'accusée. Bien qu'il s'agisse d'une décision en matière de protection, voir néanmoins C.Q. : 520-41-000144-882 et autre, Montréal, 1993-04-07, où le tribunal se réfère aux dispositions de l'article 153(1) *C.cr.*

judiciaire). L'aveu judiciaire est un substitut de la preuve puisqu'il a pour effet de dispenser la partie en faveur de qui il est fait, de l'obligation de présenter une preuve formelle du fait avoué.»²³⁸

Le plaidoyer de culpabilité de l'accusé²³⁹ est considéré comme étant un substitut total à la preuve en ce qu'il dispense le tribunal de son obligation d'entendre la preuve de l'accusation²⁴⁰. Le tribunal n'est toutefois pas tenu d'accepter le plaidoyer de culpabilité de l'accusé.

En ce qui concerne l'admission judiciaire, les auteurs Bellemare et Viau affirment que:

«L'admission judiciaire, à la différence du plaidoyer de culpabilité, n'est qu'un substitut partiel de la preuve. En effet, son but est de dispenser une partie de l'obligation de faire la preuve du fait admis.»²⁴¹

L'admission de certains faits par l'accusé aura donc pour effet de dispenser la poursuite de devoir en faire la preuve.

5. Le fardeau de la preuve

La présomption d'innocence et les conséquences pouvant résulter d'une condamnation exigent que la preuve présentée par la poursuite soit de nature à convaincre le tribunal hors de tout raisonnement de la culpabilité de l'accusé. La poursuite devra donc prouver hors de tout doute raisonnable chaque élément de l'infraction, peu importe le mode de preuve utilisé. La preuve devra présenter une force probante telle que le juge n'entretiendra aucun doute sur la culpabilité de l'accusé.

S'il subsiste un quelconque doute, à la lumière de la preuve présentée de l'esprit fondé sur la preuve, l'accusé devra bénéficier du doute raisonnable et être acquitté.

6. La force probante

En matière pénale, la force probante de la preuve est intimement liée à la norme de preuve qui incombe à la poursuite pour prouver la culpabilité de l'accusé. Afin de prouver hors de tout doute raisonnable chacun des éléments

238. «Droit de la preuve pénale», *supra*, note 100, p. 44

239. Art. 606(1) et 801(1) (2) C.cr.

240. «Droit de la preuve pénale», *supra*, note 100, p. 45.

241. *Ibid.*, p. 49

de l'infraction, l'on devra avoir recours aux moyens de preuve disponibles. Certains de ces moyens seront jugés plus probants que d'autres.

La force probante du témoignage est directement reliée au degré de crédibilité que le juge accorde au témoignage du témoin. Lorsque le témoin rapporte la preuve des faits de façon précise, impartiale et soutenue, son témoignage se verra accordé une force probante plus grande. En ce qui concerne le témoignage des enfants victimes d'abus sexuels, il est intéressant d'observer, qu'en dépit des réserves manifestées par les tribunaux jusqu'à récemment quant à la crédibilité de l'enfant témoin, particulièrement s'il est en bas âge, l'on commence maintenant à observer un changement d'attitude. Lorsque le témoignage de l'enfant est constant et qu'il est par ailleurs soutenu par une preuve indiscutable, sa force probante sera très grande²⁴².

De la même façon, lorsque la preuve d'expert est pertinente et qu'elle permet de conclure à l'existence d'une infraction à caractère sexuel, le tribunal lui accordera une force probante certaine²⁴³.

C) Des perspectives d'avenir et conclusion

La preuve d'abus sexuels est très complexe et les moyens disponibles pour les prouver sont, ainsi que l'on a pu le constater, relativement restreints. Le témoignage de l'enfant victime est souvent le seul, mais, probablement aussi le meilleur moyen pour permettre d'élucider des soupçons relatifs à l'existence d'abus sexuels. Son témoignage, lorsqu'il est en âge de rapporter les faits correctement, doit être favorisé par tous les moyens possibles. Toutefois, l'enfant n'est pas toujours disponible pour témoigner de sa propre situation ou il peut être dans l'incapacité de le faire.

Le recours aux témoignages de personnes qui côtoient l'enfant régulièrement peut permettre de révéler certains indices susceptibles d'éclairer le tribunal sur l'existence ou non des abus sexuels. Toutefois, ils s'avèrent trop souvent insuffisants pour en établir l'existence.

De par leur formation et leur expérience, certains experts tels les psychologues, les psychiatres, les médecins et les intervenants sociaux, sont davantage en mesure d'interpréter les indices qui laissent supposer l'existence d'une situation d'abus sexuels. Souvent appelés à titre de témoins experts, ils peuvent éclairer le tribunal sur des indices qui demeureraient autrement obscurs.

242. Voir notamment *C (A.) c. R.*, (C.A.), J.E. 92-549; *R. c. W.(R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122, J.E. 92-909.

243. Voir notamment *R. c. B.(G.)*, [1990] 2 R.C.S. 30.

Aussi, il n'apparaît pas exagéré d'affirmer que la preuve d'expert, en matière d'abus ou d'agressions sexuels à l'égard d'enfants, est très souvent utilisée pour permettre d'établir l'existence de tels abus. Toutes les parties au litige sont conscientes de cette réalité - c'est pourquoi elles y ont recours. Toutefois, ce moyen de preuve, qui est censé éclairer le tribunal sur l'existence ou non d'abus, peut aussi créer une certaine confusion. Parfois, les rapports d'experts sont contradictoires, les méthodes utilisées pour évaluer la situation ne sont pas nécessairement uniformes et certains experts ont tendance à favoriser, dans la mesure du possible, la partie qui les a mandaté pour effectuer l'évaluation ou expertise.

Que peut, et que doit faire le tribunal dans des situations semblables, alors que devant une telle divergence d'opinions, il lui devient à toutes fins pratiques impossible de déterminer le bien-fondé des allégations d'abus sexuels sur l'enfant?

Devant le constat que la prolifération exagérée d'expertises peut mener à certains abus, particulièrement lorsque ces dernières visent à soutenir les diverses thèses des parties en présence, le recours aux expertises ordonnées par le tribunal pourrait constituer un outil particulièrement efficace. Dans la mesure où le mandat de l'expert lui est confié par le tribunal et que ce dernier en précise les paramètres, l'on peut présumer que l'objectivité et l'impartialité seront davantage assurées. En procédant à une expertise plutôt qu'à plusieurs, l'on évitera aussi d'exposer inutilement l'enfant à de multiples évaluations, dans certains cas traumatisantes, et dont les effets sont parfois comparables à ceux des abus sexuels subis par l'enfant.

Dans l'éventualité où l'une des parties désirerait contester les conclusions de l'expert nommé par le tribunal, la contre-expertise apparaît comme une réponse satisfaisante en ce qu'elle permet d'assurer le respect des règles de justice naturelle, et particulièrement le droit de contredire la preuve présentée.

En matière de protection de la jeunesse, la mise en place de mécanismes appropriés et uniformes, ainsi que la création d'une banque d'experts indépendants attitrés à la cour pourraient se révéler comme étant des solutions intéressantes et davantage respectueuses de l'intérêt de l'enfant et de ses droits.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : Y A-T-IL INCESTE? L'EXPERTISE PSYCHOSOCIALE DU TRAVAILLEUR SOCIAL

Auteur(s) : René LAPOINTE

Revue : RDUS, 1992-1993, volume 23, numéro 2

Pages : 375-407

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13400>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13400>

Page vide laissée intentionnellement.

Y A-T-IL INCESTE?

L'EXPERTISE PSYCHOSOCIALE

DU TRAVAILLEUR SOCIAL

par René LAPOINTE*

Nous voulons ici exposer de façon concrète, et à partir d'une expérience à laquelle plusieurs travailleurs sociaux ont participé pendant plus de six (6) ans, la démarche à suivre pour réaliser une expertise psychosociale dans les signalements d'inceste. Nous ferons d'abord voir l'importance de cette expertise, les valeurs qui la sous-tendent, les comportements en cause et les personnes susceptibles d'être impliquées lorsqu'on applique la Loi sur la protection de la jeunesse. Puis, nous ferons la description complète, étape par étape, du processus de l'expertise en l'appliquant à un enfant d'âge scolaire. Nous établirons, par la suite, les distinctions appropriées pour l'enfant non encore scolarisé. Nous terminerons en discutant brièvement de la crédibilité des propos d'agression sexuelle tenus par l'enfant.

Environ 150 situations ont ainsi été expertisées. Dans la nette majorité des cas jugés fondés, l'agresseur a reconnu l'inceste et tous les membres de la famille se sont impliqués dans des thérapies.

Based on the findings of an experiment which lasted more than six years and to which many social workers have contributed, this paper proposes to set out a method to be followed when completing a socio-psychological expertise in cases of incest. It first points out the importance of this expertise, its underlying values, the behaviours involved and the persons likely to be affected by the provisions of the Youth Protection Act. Secondly, it presents a complete step-by-step description of this method as it would be applied in the case of a child of school age. The paper then discusses the appropriate distinctions to be made when pre-school children are concerned. Finally, it discusses what credence is to be given to allegations of sexual assault made by children.

Approximately 150 situations were surveyed by the experts. In a clear majority of cases where it was felt that incest had indeed occurred, the suspected aggressors eventually admitted their actions and all family members later became involved in therapy.

*. Travailleur social en pédopsychiatrie au Centre Hospitalier Universitaire de Sherbrooke et chargé de cours à la maîtrise en service social à l'Université de Sherbrooke.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	379
I. L'IMPORTANCE DE L'EXPERTISE DU DIRECTEUR DE LA PROTECTION DE LA JEUNESSE	380
II. LES VALEURS DE BASE DE L'EXPERTISE PSYCHOSOCIALE	381
A. La recherche de la vérité.	381
B. L'intégrité physique.	382
C. Le respect des liens familiaux.	382
D. La croyance au changement de comportement.	382
III. LES CONDITIONS D'APPLICATION DE L'ARTICLE 38(g) DE LA LOI SUR LA PROTECTION DE LA JEUNESSE	383
A. Les parties concernées par la loi.	383
B. Les comportements d'agression sexuelle.	384
IV. LE PROCESSUS DE L'EXPERTISE PSYCHOSOCIALE	384
A. Remarques importantes.	385
1. L'adaptation du processus.	385
2. L'enchaînement des étapes.	385
3. La recherche de la vérité et l'aide apportée à la famille.	385
4. L'ignorance par la mère de l'inceste.	386
B. Les étapes du processus d'évaluation.	386
1. La cueillette des données accessibles.	387
2. Le contact avec l'informateur.	387
3. La rencontre avec l'enfant agressé et un responsable de son école.	388
4. La rencontre avec les frères et les sœurs.	392
5. La rencontre avec la mère.	393
6. L'entrevue avec la mère et l'enfant.	394
7. La rencontre avec le père.	395
a) <i>La première phase: «Tisser un lien»</i>	395
b) <i>La deuxième phase: «Expliquer les lois»</i>	397
c) <i>La troisième phase: la reconnaissance ou la négation de l'agression sexuelle</i>	399
i) Un long silence.	399
ii) La tentative pour étirer l'entrevue.	400
iii) Un non catégorique.	401
8. La rencontre familiale.	402

V.	LES PARTICULARITÉS CONCERNANT LES ENFANTS DE MOINS DE CINQ ANS	404
A.	La première rencontre avec l'enfant:	404
B.	La deuxième rencontre avec l'enfant.	406
C.	Les démarches ultérieures	406
VI.	LA CRÉDIBILITÉ DES DÉCLARATIONS DE L'ENFANT ..	407
A.	Les facteurs importants dans le contenu du message:	408
1.	La précision dans la description des gestes d'agression sexuelle.	408
2.	Les détails périphériques de l'agression sexuelle.	408
3.	L'absence de contradiction.	409
4.	L'augmentation progressive des agressions sexuelles. .	409
5.	Le secret de l'agression sexuelle.	409
6.	L'absence de modèle standard lorsqu'il y a plusieurs agresseurs.	409
B.	Les facteurs tirés de l'analyse de la forme du message:	410
1.	Le message principal: l'agression sexuelle.	410
2.	L'intensité émotive.	410
3.	Lorsque l'enfant «protège» l'agresseur.	410
C.	Les autres facteurs:	410
1.	Les problèmes de comportement.	411
2.	La preuve médicale.	411
3.	La deuxième expertise concluante.	411
4.	Le témoin visuel.	411
5.	L'aveu de l'agresseur.	412
VII.	LES SITUATIONS OÙ UNE GRANDE PRUDENCE S'IMPOSE	412
A.	Une querelle de couple.	412
B.	Une histoire apprise.	413
C.	Une situation invraisemblable.	413
D.	La présence de plusieurs pères.	413
	CONCLUSION	414

INTRODUCTION

L'enfant¹ vient au monde dépourvu de connaissances et de moyens de défense. Contre un milieu souvent hostile, la nature a voulu qu'il puisse s'appuyer sur des parents. Ce sont eux qui lui apportent amour, sécurité et soutien dans sa croissance.

Mais que se passe-t-il lorsque le danger ne vient pas de l'extérieur de la famille, mais de l'intérieur, soit de l'un ou l'autre de ses parents? Et qu'au surplus l'autre parent ne réussit pas à le protéger? Qui blâmer? À qui faire confiance lorsqu'on est trahi et exploité par ceux qui constituent nos racines même dans la vie?

Voilà pourquoi l'inceste n'est jamais une question anodine. Des études² ont montré que la plupart des enfants victimes de telles agressions sexuelles vivent des conséquences importantes, qui peuvent cependant ne se manifester que des années plus tard. L'estime de soi est faussée. La sexualité est éteinte ou exacerbée. Les échecs scolaires, les fugues, les vols, la consommation de drogues, la prostitution, la dépression, l'anorexie ou la boulimie deviennent, à titre d'exemples, des conséquences possibles. Ou encore, le couple se brisera, l'un des conjoints ne pouvant plus faire vraiment confiance à l'autre ni comme partenaire de vie ni comme co-éducateur des enfants.

Heureusement, depuis quelques années, notre société a reconnu ce problème et décidé d'y faire face. Au Québec, on s'est doté de la *Loi sur la protection de la jeunesse*³, et d'un organisme (régional) chargé de l'appliquer, soit le *Centre jeunesse (C.J.)*.

I. L'IMPORTANCE DE L'EXPERTISE DU DIRECTEUR DE LA PROTECTION DE LA JEUNESSE

On réalise de plus en plus que l'évaluation d'un signalement d'inceste repose sur une expertise pouvant avoir de graves conséquences. Toute erreur peut difficilement être réparée.

Prenons un exemple où l'on n'a pas retenu le signalement d'une agression sexuelle pourtant fondée. Il s'agissait d'une fillette de 4 ans agressée sexuellement par son père. L'évaluation, basée essentiellement sur la recherche

-
1. Le masculin sera utilisé, à moins d'évidence contraire, dans le seul but d'alléger la lecture.
 2. Browne, A. et Finkelhor, D. (1986). Impact of Child Sexual Abuse: A Review of the Research. *Psychological Bulletin*, 99(1), 66-77.
 3. L.R.Q., c. P-34.1.

du profil familial et individuel de l'agresseur, a démontré qu'il ne possédait aucun des traits typiques d'un agresseur et qu'il ne pouvait avoir commis l'inceste. Plus tard, il divorce et recompose une famille avec une femme ayant une fille de 6 ans. Deux ans plus tard, un nouveau signalement est déposé à la protection de la jeunesse. Cette fois, le père finit par avouer qu'il avait effectivement fait des attouchements sur sa fille lors des visites, qu'il avait également eu des gestes déplacés à l'égard de son fils, qu'il commettait le même type d'agression avec la fille de sa deuxième femme. De plus, il a reconnu que la situation décrite lors du premier signalement était bien fondée à cette époque.

Prenons la situation inverse, soit celle où l'on conclut à une agression sexuelle alors que ce n'est pas fondé. Une petite fille de 5 ans, de retour d'une fin de semaine chez son père, semble dire qu'elle a été agressée sexuellement par ce dernier. La mère et la fille rencontrent une intervenante sociale du CLSC, qui s'adresse au directeur de la protection de la jeunesse pour obtenir de l'aide. Sans plus attendre, on avise les policiers qui vont arrêter le père à son travail. Le père nie tout. Peu de temps après, la mère quitte la région avec sa fille et le dossier est transféré au directeur de la protection de la jeunesse de la région de leur nouvelle adresse. On interdit au père de voir sa femme ou ses enfants jusqu'à ce que l'évaluation soit terminée.

Après un délai de 8 mois, l'évaluation est complète. Il s'avère qu'il n'y a pas eu d'agression sexuelle, mais une dramatisation de certains gestes anodins. Même si l'accusation d'agression sexuelle n'était pas fondée, le père a dû changer de village car plus personne ne lui adressait la parole. Et comme tout finit par se savoir, la même situation a persisté dans son nouvel environnement. On pensait qu'il n'y avait pas de fumée sans feu. En outre, ce père et son enfant ont été privés injustement d'une relation normale.

Étiqueter socialement une personne d'incestueuse, c'est la condamner à l'isolement. C'est parfois même faire porter l'opprobre à l'autre parent, qu'on blâme de ne pas avoir protégé son enfant, d'avoir fermé les yeux. Comme s'il devait nécessairement le savoir. Plus que cela, la victime subit parfois le rejet de son entourage.

Au contraire, ne pas faire cesser une agression sexuelle permet à cette situation de se prolonger et même d'atteindre d'autres enfants. Les conséquences de l'inceste s'en trouvent alors multipliées.

Il ressort que le directeur de la protection de la jeunesse porte une très lourde responsabilité. Voilà pourquoi il doit se donner des moyens adéquats pour déterminer s'il y a eu ou non agression sexuelle. Pour les mêmes raisons, le directeur de la protection de la jeunesse doit veiller à ce qu'on procure aux intervenants, qui le représentent, une formation pertinente pour pratiquer ce type

d'expertise très complexe, un support clinique adéquat et des conditions propices à un travail de qualité.

II. LES VALEURS DE BASE DE L'EXPERTISE PSYCHOSOCIALE

Quatre valeurs de base imprègnent toute l'expertise psychosociale. En effet, on ne peut prétendre vouloir effectuer une expertise de qualité sans rechercher la vérité et la protection de l'intégrité physique de l'enfant, sans avoir le plus grand respect des liens familiaux et sans croire à la possibilité d'un changement de comportement.

A. La recherche de la vérité.

Le signalement est-il fondé? C'est à cette question fondamentale qu'il faut d'abord répondre puisque tout le reste en découle. Il s'agit toutefois d'une question à laquelle la réponse n'est pas souvent nette, compte tenu que l'agression sexuelle se commet dans l'intimité.

B. L'intégrité physique.

Il est nécessaire d'être vraiment conscient des graves conséquences que peut avoir l'inceste chez l'enfant agressé sexuellement: perturbation du développement sexuel, diminution de l'estime de soi, difficulté à se respecter et à se faire respecter, dépression, etc. L'agression sexuelle constitue une atteinte à l'intégrité physique et les dommages causés à l'enfant sont souvent plus profonds lorsque l'agression est commise par le père ou la mère.

C. Le respect des liens familiaux.

Le travailleur social, comme tout professionnel des sciences humaines, connaît l'importance de la famille pour l'équilibre et le développement de la personne. Aussi, bien que l'enfant soit agressé sexuellement par son père, il a le droit de l'aimer. Bien que la mère doive protéger son enfant, elle a quand même le droit d'aimer son conjoint. Tous ont le droit de désirer vivre ensemble. *C'est l'agression sexuelle qu'il faut condamner, non les personnes.*

D. La croyance au changement de comportement.

Dans les programmes d'aide, il y a très peu de récidives, soit environ 10%. Si on compare cela à bien d'autres problématiques sociales comme l'alcoolisme, les problèmes conjugaux, la délinquance adulte et juvénile, on peut constater que les moyens utilisés sont très adéquats pour aider à modifier les comportements de l'agresseur. D'ailleurs, après le traitement, plusieurs personnes ont fait part qu'elles découvriraient enfin le sens de la vie familiale, soit

un père qui joue son rôle, une mère qui assume le sien et un enfant qui redevient un enfant.

Mais il y a deux conditions essentielles pour que l'aide apportée à la famille réussisse.

Il faut, en premier lieu, que le problème soit *reconnu par tous*. Dans l'inceste, comme pour toute autre problématique sociale, la reconnaissance de l'existence d'un problème est une condition préalable à tout changement. Nier l'inceste lorsqu'il existe, et à plus forte raison si l'on utilise des moyens légaux pour le faire, c'est pour l'agresseur renoncer à toute possibilité de changement et, pour l'enfant agressé, refuser d'envisager l'inceste avec toutes les conséquences qui peuvent en découler. Enfin, pour l'autre parent, c'est souvent le laisser dans une perplexité déchirante. Cela à tel point que lorsque l'agresseur nie de façon absolue, l'autre parent finit souvent par prendre parti pour l'agresseur, en dépit des expertises ou des jugements établissant le contraire. Dans une telle situation, l'enfant risque grandement un rejet familial, ce qui, on le comprend bien, ne peut qu'intensifier ses difficultés.

L'autre condition, toute aussi essentielle, exige l'*acceptation par tous de l'aide proposée*. Car il faut bien réaliser qu'une personne ne peut vraiment changer que lorsqu'elle décide volontairement de le faire. Voilà pourquoi, dans le processus d'expertise psychosociale, on attache autant d'importance à la «relation d'aide». Car s'il y a une agression sexuelle, il faut d'abord convaincre les gens d'accepter la main que nous allons leur tendre pour les aider à mettre fin à cette situation.

À ces conditions, l'agression sexuelle peut être définitivement enrayée et les conséquences néfastes qui en découlent peuvent être ramenées au moins à un niveau où les gens cessent de souffrir de dysfonctionnements.

III. LES CONDITIONS D'APPLICATION DE L'ARTICLE 38(g) DE LA LOI SUR LA PROTECTION DE LA JEUNESSE

La *Loi de la protection de la jeunesse*⁴ précise, à l'article 38(g), que la sécurité et ou le développement d'un enfant peuvent être considérés comme compromis lorsqu'une agression sexuelle constitue le motif de compromission. Mais quand peut-on considérer qu'il y a une agression sexuelle? Pour répondre à cette question, on doit observer les personnes impliquées et leurs comportements.

4. L.R.Q., c. P-34.1.

A. Les parties concernées par la loi.

Les situations d'agression sexuelle visées concernent un enfant et un parent, le parent étant compris dans son sens large: il peut s'agir du père ou de la mère biologique, du beau-père ou de la belle-mère, du conjoint ou de son concubin habituel, des frères et soeurs d'au moins 5 ans plus âgés et tout autre adulte demeurant avec l'enfant.

B. Les comportements d'agression sexuelle.

Les comportements remis en cause revêtent-ils le caractère d'une agression sexuelle? Si oui, on considérera qu'il y a compromission de la santé et de la sécurité de l'enfant.

Certaines situations ne posent pas de difficultés lorsqu'il s'agit de conclure à un comportement sexuel répréhensif. On pense ici aux pénétrations vaginales ou anales, aux masturbations, aux caresses buco-génitales, et.

Mais, on rencontre souvent des situations moins évidentes lorsqu'il s'agit, à titre d'exemples, d'attouchements, de manipulation des organes génitaux, de caresses sur les cuisses ou les fesses, d'exhibitionnisme, de voyeurisme, etc. Dans ces situations, on doit analyser davantage les faits rapportés pour déterminer s'il s'agit ou non de comportements ayant la nature d'une agression sexuelle.

On parlera de compromission si l'agresseur recherche une stimulation sexuelle pour lui-même ou pour l'enfant ou encore s'il s'en sert pour stimuler un autre partenaire⁵.

IV. LE PROCESSUS DE L'EXPERTISE PSYCHOSOCIALE

Pour les fins de compréhension du déroulement d'une évaluation standard, nous allons présumer qu'il s'agit d'un enfant d'environ 10 ans. Par la suite, nous adapterons cette évaluation lorsqu'elle concerne un enfant de moins de 5 ans.

5. Lapointe, R. et Mercure, L. (1990). *Y a-t-il inceste?* Montréal: Stanké, p.26.

A. Remarques importantes.**1. L'adaptation du processus.**

On doit agir différemment selon que l'enfant a atteint l'âge scolaire (5 ans et plus) ou qu'il est en bas âge (moins de 5 ans). Même si le vocabulaire utilisé pour s'adresser à une fillette de 6 ans et une adolescente de 16 ans varie ainsi que les techniques d'entrevue, on suit essentiellement le même processus.

2. L'enchaînement des étapes.

Les diverses étapes, qui conduisent progressivement à la preuve d'une agression sexuelle, ne se font pas habituellement la même journée. Ainsi, la cueillette des premières données (étape 1) et le contact avec la personne ayant signalé une possible agression sexuelle (étape 2), peuvent précéder de plusieurs jours les autres étapes. Mais les rencontres avec l'enfant et toutes les parties impliquées doivent avoir lieu la même journée ou, tout au moins, en deux journées consécutives, pour éviter que «le milieu» ne se referme.

3. La recherche de la vérité et l'aide apportée à la famille.

Le mandat psychosocial du travailleur social ne peut se limiter à connaître la vérité, bien que cette préoccupation soit essentielle. Le souci de ne pas nuire et, encore plus, d'aider tous les membres de la famille est tout aussi important dans l'expertise faite par le délégué du directeur de la protection de la jeunesse.

Or, si l'agresseur est prévenu de ce qui se passe et, surtout, s'il consulte un avocat avant de rencontrer le travailleur social chargé de l'expertise, la possibilité de nier la commission d'une agression sexuelle augmente considérablement.

Si la négation n'empêche pas de «rechercher la vérité», elle risque cependant de nuire à toute tentative visant à minimiser les conséquences de l'agression sexuelle. Cette négation peut même les aggraver notablement, en provoquant le rejet affectif, et même physique - par le placement en famille d'accueil - de l'enfant identifié alors comme «menteur».

4. L'ignorance par la mère de l'inceste.

On entend souvent l'affirmation que la mère est au courant de l'agression sexuelle commise par le père. Notre expérience, ayant porté sur plus de 150 cas évalués en 6 ans, nous autorise à affirmer que dans la très grande majorité des cas, la mère *ne sait pas* qu'il y a agression sexuelle dans son foyer. De tous les cas évalués, il n'y en a eu que cinq où la mère était au courant. Et, parmi ces cinq situations, trois avaient été signalées par les mères elles-mêmes.

Il n'est pas rare qu'une mère pense, après coup, qu'il y avait beaucoup d'indices qu'elle n'a pas vus. Toutefois, au moment où elle vivait cela, elle pouvait donner beaucoup d'autres explications à ces signes équivoques ou pouvait encore y voir toutes sortes d'autres causes que l'agression sexuelle. Ainsi, la mère peut penser que: «C'est sa préférée», «Il n'aime que ses filles», «Il veut bien l'éduquer en voulant l'empêcher de sortir avec un ami». Et si, prenant son courage à deux mains, elle ose parler de son appréhension à son conjoint, ce dernier, «scandalisé», pourra l'accuser, par exemple, d'être jalouse de sa fille. Ce qui l'amène à se culpabiliser et à chasser cette idée «folle» de ses préoccupations.

D'un autre côté, bien des enfants sont convaincus que leur mère savait ce qui se passait car ils sont certains de le lui avoir dit. Mais souvent l'enfant, après l'avoir exprimé, l'a nié peu après en laissant à la mère l'impression d'avoir été manipulée. Plus encore, on se rend compte que le message de l'enfant aurait été indirect. Comment sa mère pouvait-elle comprendre, par exemple, que la phrase: «Je n'aime pas que papa nous garde», voulait dire: «Il m'agresse sexuellement»?

B. Les étapes du processus d'évaluation.

On peut diviser le processus de l'expertise psychosociale en huit étapes distinctes, ce qui permet de minimiser les possibilités d'erreurs ou de conclusions non fondées.

1. La cueillette des données accessibles.

Le travailleur social doit d'abord prendre connaissance des renseignements obtenus, lors du signalement de l'agression sexuelle, par la direction de la protection de la jeunesse. On trouve habituellement des informations sur l'enfant, sa famille, son école et sur les faits qui sont à l'origine du signalement.

Dans le dossier, on peut également retracer les coordonnées de «l'informateur», des notes complémentaires au signalement, des copies des signalements et des évaluations antérieures, des jugements des tribunaux, le cas échéant, des indications sur les intervenants antérieurs, etc. Parfois, on y trouve même des rapports sociaux, des évaluations psychologiques, l'évolution de diverses interventions sociales antérieures, ce qui permet de consulter les travailleurs sociaux qui connaissent déjà la famille.

Comme on rencontre de plus en plus fréquemment beaucoup d'agressivité dans ce type d'enquête, il est prudent de relever minutieusement tout indice de violence physique. Ceci peut être déterminant pour choisir le lieu de la rencontre avec les parents et, plus encore, lorsqu'il faut décider si l'enfant va

demeurer chez lui le soir de la première rencontre ou s'il sera placé en famille d'accueil.

2. Le contact avec l'informateur.

Ce contact avec «l'informateur» se fait par téléphone, à moins que la personne ne désire rencontrer le travailleur social chargé de l'enquête.

On doit d'abord s'intéresser à ce qu'il a «vu et entendu». Ce premier constat peut s'avérer très différent de ce qu'il pense et de son interprétation. Par exemple, une personne disait avoir «vu» son gendre pratiquer le *cunnilingus* sur sa fillette. En distinguant ce qu'elle avait réellement «vu et entendu» de ce qu'elle avait alors pensé, nous avons constaté qu'elle avait seulement interprété des faits. D'ailleurs, le contexte et les révélations de l'enfant ont démontré par la suite qu'il n'y avait pas eu agression sexuelle.

La nécessité de démêler ce qui a été réellement «vu et entendu» de «l'interprétation» doit guider l'intervenant dans ses interventions. Cela est vrai également pour ce que nous livrent les professionnels. En effet, on constate souvent qu'ils exagèrent l'interprétation de certains faits lorsqu'ils croient qu'il y a eu inceste. Par exemple, à un médecin qui ne comprenait pas pourquoi l'enfant n'avait pas été placé dans une autre famille, selon sa recommandation, nous lui avons demandé de fournir un rapport d'évaluation dans lequel il affirmerait que l'enfant était agressé sexuellement. Dès cet instant, le médecin est devenu beaucoup plus nuancé, hésitant même, et il a fini par conclure qu'il ne pouvait pas dire avec certitude qu'il y avait eu agression sexuelle. Dans cette situation, il y avait effectivement d'autres hypothèses pour expliquer ce qu'il avait «vu et entendu».

À cette étape, il est souvent possible d'ajouter d'autres informations utiles en vue de l'expertise. Ainsi, l'informateur peut généralement nous indiquer quelle école fréquente l'enfant agressé ou ses frères et soeurs, où travaillent les parents et leurs horaires. Enfin, comme nous l'avons mentionné, il est utile de s'informer sur la violence possible des parents.

3. La rencontre avec l'enfant agressé et un responsable de son école.

Nous tentons de rencontrer l'enfant d'âge scolaire à l'école. C'est un endroit très sécurisant pour lui, éloigné de son domicile et certainement beaucoup plus familier que ne le serait le Centre jeunesse, par exemple. Nous y allons à la première heure, pour disposer du temps nécessaire au développement qui suivra.

C'est souvent le directeur de l'école, parfois un professeur qui reçoit l'intervenant social. Celui-ci s'informe du rendement scolaire et du comportement de l'enfant. Nous cherchons ensuite à déterminer si l'on a constaté un changement chez l'enfant ou encore si son rendement scolaire a diminué de façon significative.

Si l'on cherche à connaître les motifs de cette enquête, nous répondons de façon évasive. Si on insiste, il faut alors indiquer clairement qu'il s'agit d'un problème qui ne concerne pas l'école et qu'il est préférable de ne pas en discuter dans l'intérêt de tous.

Par la suite, l'intervenant rencontre l'enfant seul après avoir été introduit auprès de lui par le directeur ou le professeur, afin de le rassurer.

L'entrevue doit d'abord mettre l'enfant en confiance. Cela n'est pas une mince tâche, surtout s'il a désespéré dans l'attente insoutenable de cette rencontre due à une longue liste de cas signalés. La situation reste difficile également du fait qu'on doit rechercher s'il est victime d'agression sexuelle sans poser de questions suggestives, tout en évitant de parler de «tout et de rien», puisqu'on doit pouvoir l'identifier le plus rapidement possible, s'il tel est le cas.

Le travailleur social lui fait donc part de sa fonction et explique à grands traits les objectifs de la *Loi sur la protection de la jeunesse*⁶ si l'enfant n'a jamais entendu parler de celle-ci. Puis il dresse avec lui le profil général de chacun des membres de sa famille.

Puis, nous lui demandons si il sait pourquoi nous le rencontrons. Nous nous efforçons pour que l'enfant introduise lui-même le sujet qui nous amène. S'il ne semble pas du tout savoir pourquoi nous sommes là, nous donnons des indices comme: «Tu aurais un problème.»... S'il ne voit toujours pas de quoi il s'agit, nous ajoutons peu à peu: «Un problème qui se passerait chez toi.»... «Avec quelqu'un de ta famille.», «Qui concerne ton père et toi.», etc. À la limite seulement, on lui présente simplement les indices pouvant laisser croire qu'il pourrait y avoir agression sexuelle.

On l'invite à se confier en lui indiquant qu'un travailleur social est une personne qui aide les enfants ayant des problèmes et qu'on a aidé déjà beaucoup d'enfant comme lui. Nous sollicitons également son aide, lui expliquant qu'en dépit de notre volonté de vouloir l'aider, il ne sera pas possible de le faire s'il n'explique ce qui se passe.

6. L.R.Q., c. P-34.1.

Quand l'enfant se met à parler, nous cherchons à diviser l'entrevue en deux étapes. La première, est consacrée aux *faits* en lui demandant de raconter ce que nous aurions «vu ou entendu» si nous avions été présents. Il n'est pas toujours possible de procéder ainsi. Lorsque l'enfant est «en crise», il peut vouloir d'abord exprimer immédiatement ce qu'il ressent, ses craintes, sa rage, son désespoir... Il faut alors respecter son rythme et prendre le temps de le reconforter. Quand il redevient plus calme, nous essayons de démêler les faits réels des sentiments.

On l'incite à donner progressivement des détails. Pour cela, il est souvent utile de lui faire suivre une certaine chronologie des événements. Ainsi on peut rattacher l'agression à une période facilement identifiable par l'enfant comme «avant ou après son anniversaire, Noël, durant l'été, la nuit, le jour». Également, on peut l'amener à décrire la disposition des meubles dans la pièce, les vêtements de l'autre, les siens. Quant aux gestes, il faut savoir ceux subis et ceux qu'il a été amené à poser. Il est également important de connaître par quelle stratégie l'agresseur est parvenu à ses fins, et tout particulièrement s'il a usé de force ou de menaces. Enfin, on s'informe si tout cela a été vécu comme un secret et si oui, pourquoi?

La deuxième étape concerne l'expression de *ses émotions*. Cette façon de procéder a l'avantage de dédramatiser quelque peu la situation puisqu'il a alors déjà parlé de son problème.

A-t-il peur d'être blâmé? Craint-il l'éclatement de la famille? En a-t-il parlé à d'autres personnes? Si oui, quand et à qui? Qu'a-t-il dit? Quelle a été la réaction de ces autres personnes? On doit donc se préoccuper sérieusement des émotions et des réactions que l'enfant associe à cette situation. Plus particulièrement, on peut lui demander comment il se sent dans la situation présente et à l'égard de l'agression qu'il subit? Croit-il que cela est bien ou non? Qui lui paraît être responsable de ce qui est arrivé? Quelle que soit sa réponse, il faut l'assurer clairement que c'est l'autre qui est responsable de cette situation. Car l'expérience nous a appris qu'il y a souvent là une confusion, source de beaucoup de tourments.

S'il éprouve un sentiment de culpabilité, on doit lui permettre de l'exprimer pour qu'il puisse s'en libérer et mieux comprendre ses attitudes. Puis, on tente de rétablir une pensée plus vraie, lui expliquant que ses réactions - qu'il s'agisse d'acceptation de cadeaux, de soumission sans se débattre, de culpabilité, de recherche de l'attention et de l'affection du père, ou même de plaisir sexuel - sont normales mais nullement signe d'un choix libre et éclairé.

Si l'expertise nous mène à penser que le signalement d'inceste est fondé, il faut indiquer à l'enfant qu'on le croit. Autrement, il est préférable de ne rien dire plutôt que de mentir.

On demande toujours s'il a connaissance que d'autres enfants ont pu être agressés sexuellement, comme lui. De même, on veut savoir s'il craint que son agresseur ne devienne violent en apprenant ce qui arrive. Enfin, nous l'informons qu'il peut signaler sa situation à la police, ce que nous ne ferons pas sans sa permission⁷. S'il décide de le faire, on l'avise que nous pouvons l'accompagner. (Habituellement, les victimes ne désirent pas signaler l'agression à la police, mais elles peuvent vouloir le faire si l'agresseur nie ou refuse de chercher de l'aide.)

Il convient, à la fin, de décrire la forme d'aide qui sera proposée, pour lui, sa mère et son père. Quant à l'agresseur, il faut expliquer à l'enfant que l'aide disponible ne sera possible que si ce dernier reconnaît au préalable son problème. On ne peut changer que ce qu'on reconnaît être un problème pour soi-même.

Si le signalement semble fondé, on l'informe qu'il peut, s'il le désire, être placé temporairement dans une autre famille dès le soir même. Toutefois, s'il court réellement des risques, il sera placé indépendamment de sa volonté⁸. En effet, on doit évaluer si l'enfant ne subira pas des sévices ou un nouvel inceste ou encore s'il peut supporter le «*stress*» de devoir garder le secret de cette rencontre avec lui jusqu'à ce que d'autres dispositions soient prises. On lui résume, avant de clore l'entrevue, comment les choses vont se dérouler en lui promettant qu'il ne retournera pas seul chez lui après l'école.

4. La rencontre avec les frères et les soeurs.

Il est préférable de rencontrer individuellement les frères et soeurs de la victime et, le plus souvent, à leur école également.

Après une entrée en matière semblable à ce qui est décrit ci-haut, on explique que la rencontre a pour but de parler d'un problème familial dont nous leur demandons de parler. Si le frère ou la soeur fait état de l'agression sexuelle, nous l'écoutons en lui faisant préciser les faits dont il a lui-même eu connaissance. S'il ne semble pas avoir une idée du motif de la rencontre, il faut procéder progressivement et lui indiquer d'abord qu'il s'agit d'un problème familial concernant l'une de ses soeurs qui vit des difficultés avec l'un de ses parents.

7. Tout dépendant des régions, il peut exister des protocoles d'intervention selon lesquels on informe systématiquement la police. En Estrie, on ne signale ainsi d'office que les cas où il y a eu violence physique ou encore récidive.

8. Art. 46 et 47 al. 2, *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1.

On doit éviter de préciser qu'il s'agit d'un signalement d'inceste, sauf s'il s'agit d'un enfant du même sexe que l'enfant agressé et qu'il a atteint l'âge où les agressions sexuelles ont débuté chez l'autre. En effet, dans ce cas il faut alors insister, car il est probable que cet autre enfant puisse également être agressé sexuellement. On l'incite à parler, en lui révélant, qu'à titre d'intervenant, on rencontre beaucoup d'enfants pour les aider et qu'il est très important, pour sa soeur, que nous sachions toute la vérité. Quoi qu'il en soit, nous tentons de vérifier quelques détails périphériques déjà donnés par l'enfant victime, identifié comme victime d'agression sexuelle, comme la description du chalet où ils ont passé l'été; la disposition des meubles dans les chambres où auraient eu lieu des agressions; les habitudes entre sa soeur et son père (par exemple s'ils prennent leur bain ensemble, etc.).

En dernier lieu, on vérifie s'il désire nous faire part d'un problème personnel et s'il y a de la violence physique dans la famille. Et on l'informe qu'on va se revoir plus tard dans la journée.

5. La rencontre avec la mère.

Il est préférable de rencontrer la mère seule et la même journée si possible que celle où l'enfant agressé a été rencontré; cela est impératif s'il y a lieu de craindre pour la sécurité de cet enfant.

Après une entrée en matière semblable aux autres rencontres, on arrive à l'objectif de l'entrevue, encore là selon les mêmes modalités que pour toutes les autres rencontres, c'est-à-dire en lui faisant préciser ce dont elle a eu personnellement connaissance.

Si la mère n'est pas au courant⁹ de l'agression sexuelle, il faut alors lui révéler clairement l'objet de la visite. On l'invite alors à réagir. Nous cherchons à faire confirmer des faits communiqués par l'enfant agressé ou les autres enfants. De même, on tente d'ébranler ses efforts pour se convaincre que tout cela n'a jamais pu arriver.

Enfin, on précise à la mère que nous avons déjà évalué un grand nombre de situations, que nous avons procédé ici avec le même souci dans la recherche de la vérité et qu'on doit conclure clairement que l'agression sexuelle a bien eu lieu, (si tel est le cas, évidemment). On lui dévoile ce que nous savons et lui demandons ce qu'elle en pense. Croyait-elle cela possible un jour. Qui va-t-elle croire, l'enfant ou son conjoint?

9. Ce qui, comme nous l'avons dit plus haut, est la situation habituelle. En effet, le parent agresseur sexuel, le père généralement, peut aimer ses enfants et avoir une vie sexuelle harmonieuse avec son conjoint sans que cela n'empêche l'inceste.

La plupart du temps, la mère est traumatisée par cette révélation. Elle est souvent en état de choc. Elle a besoin de se faire confirmer les faits par l'enfant. D'où l'importance de convoquer l'enfant en même temps afin de rendre possible cette rencontre entre eux, après s'être assuré qu'elle va l'écouter et le soutenir et non le traiter de menteur ou le blâmer. On lui fait comprendre l'importance de son attitude: *«L'enfant n'a que deux racines dans sa vie, son père et sa mère. S'il ne peut pas se fier à son père, car il l'agresse sexuellement, il doit au moins pouvoir compter sur sa mère.»* Parfois, on doit expliquer quelles peuvent être les conséquences de l'agression sexuelle, surtout quand tant le père que la mère refusent de reconnaître le problème.

Ce n'est qu'une fois la mère calmée, et lorsqu'elle démontre une attitude propice à discuter avec son enfant et à le soutenir, qu'il est opportun de les mettre en présence.

6. L'entrevue avec la mère et l'enfant.

On assiste à la rencontre entre l'enfant et sa mère. S'il y a plusieurs enfants victimes, il convient d'offrir à la mère l'alternative de les voir individuellement ou ensemble. Généralement, elle préfère les voir séparément.

Dès le début de la rencontre, il faut rassurer l'enfant en l'informant que sa mère est déjà au courant de la situation, mais qu'elle souhaite qu'il lui raconte lui-même ce qu'il a vécu. On doit participer à la rencontre en les aidant à préciser ce qui est arrivé et à verbaliser ce qu'ils ressentent. Il faut s'assurer que la mère fait confiance à l'enfant et le lui fait clairement savoir. Nous clarifions ensemble pourquoi il ne s'est pas confié à sa mère et qui est le responsable de la situation.

Puis, nous faisons état des services offerts par le Centre jeunesse dans le traitement de l'inceste. Nous le faisons en termes positifs et en insistant sur les deux conditions dont dépend la réussite de l'aide apportée, soit la reconnaissance de l'agression par le père et son acceptation d'être aidé. On rappelle à la mère et à l'enfant qu'ils peuvent signaler la situation à la police et qu'on ne le fera pas sans leur permission (sauf s'il y a eu utilisation de la violence dans l'agression sexuelle ou s'il s'agit de récidive). En dernier lieu, nous indiquons qu'il appartient à l'enfant de décider s'il veut demeurer chez lui cette nuit, sauf si l'on constate un risque évident, auquel cas il sera placé.

Enfin, nous les informons qu'il reste à rencontrer le père et nous leur demandons s'ils croient qu'il va reconnaître avoir agressé sexuellement son enfant, et ce, afin de préparer cette rencontre en cherchant à identifier ses craintes et ses résistances. Ainsi, à titre d'exemples, on peut apprendre qu'il va certainement nier, car la mère a déjà affirmé opter irrémédiablement pour le

divorce en pareil cas ou parce qu'il craint d'aller en prison ou encore qu'il a peur d'être rejeté de ses autres enfants. On doit s'enquérir également sur l'éventualité de violence physique, ce qui pourra influencer le choix du lieu de rencontre avec lui.

Nous pouvons terminer la rencontre avec la mère en lui demandant si elle croit pouvoir amener le père à reconnaître le problème, notamment en lui faisant comprendre qu'elle croit qu'il a agressé sexuellement son enfant et qu'il est préférable pour lui de dire la vérité. Ou encore en lui disant qu'elle est prête à l'accompagner et à l'aider en autant qu'il reconnaisse son problème, etc. Mais, il arrive souvent que la mère, trop bouleversée par les événements, ne veuille pas le rencontrer.

7. La rencontre avec le père.

L'entrevue avec le père ne peut avoir lieu que lorsque l'expertise psychosociale est suffisamment avancée pour permettre de conclure qu'il y a eu agression sexuelle ou encore que le signalement n'est pas fondé. Il est parfois nécessaire de faire d'autres vérifications comme, par exemple, auprès d'un ami de l'enfant agressé, d'une tante, ou encore d'obtenir une évaluation médicale ou psychologique. Prenons pour acquis que l'agression est fondée.

Il n'est pas toujours facile de fixer un rendez-vous avec le père. Après l'avoir informé que le but de la rencontre concerne son enfant, que sa conjointe est au courant, il faut cependant éviter de lui dire qu'il s'agit d'agression sexuelle. S'il résiste, il faut insister en disant, par exemple, qu'il se déplacerait s'il s'agissait d'un accident grave.

L'entrevue avec le père va se dérouler en trois étapes.

a) La première phase: «Tisser un lien»

Durant la première partie de l'entrevue, on explique au père la *Loi sur la protection de la jeunesse* s'il ne la connaît pas. Puis, nous lui demandons s'il a une idée de l'objet de cette rencontre.

Parfois, il va aborder immédiatement le problème, auquel cas nous lui demandons des précisions et des explications. Si, au contraire, il nie l'agression sexuelle, nous lui demandons alors ce qui, selon lui, a pu amener son enfant à faire de telles révélations.

Le plus souvent, il détourne la conversation pour éviter d'aborder le sujet comme: «Il a dû encore manquer des cours.» ou encore: «Ne me dites pas qu'il a encore volé!», etc. Nous nous intéressons à ces faits et aux raisons qui font que cela le concerne comme père. Lorsqu'il en a terminé, nous lui faisons

remarquer que ce n'est pas là l'objet de la rencontre. S'il aborde encore un autre thème, on le laisse faire comme précédemment.

Mais s'il s'inquiète des motifs de la rencontre, on aborde le sujet progressivement comme: «C'est un problème qui se passe à la maison», «Cela concerne votre enfant et l'un de ses parents», «C'est vous le parent en question», «C'est un signalement d'inceste». Chaque fois que nous lui fournissons un nouvel élément, on lui demande ce qu'il en pense.

Durant cette conversation, nous cherchons à connaître son point de vue, à comprendre ses motifs. S'il se dit préoccupé de l'avenir de son enfant, on peut lui indiquer que nous comprenons «qu'il désire donc aider son enfant». Aux efforts déjà effectués antérieurement pour régler les problèmes de son enfant, comme l'absentéisme scolaire, on peut de nouveau insister sur le fait qu'il souhaite voir son enfant réussir. L'objectif de cette prise de contact est importante, pas nécessairement pour ce qu'il dit, mais pour *établir peu à peu une relation avec lui*. Il doit comprendre qu'on l'écoute, qu'on essaie de le comprendre, qu'on le respecte et que cette rencontre vise à l'aider. C'est de la qualité de cette relation que va dépendre le reste de l'entrevue.

À la fin de cette étape, si l'agression sexuelle n'a pu être abordée, on peut le questionner brièvement sur la façon dont il perçoit son rôle à l'égard de ses enfants, de sa relation avec sa conjointe, avec sa famille d'origine et avec celle de son épouse. On peut chercher à vérifier si la violence physique ou l'agression sexuelle ont existé dans sa famille d'origine ou dans celle de sa conjointe.

Enfin, avant de clore cette partie de la rencontre, on peut lui demander s'il a quelque chose à rajouter. Si oui, on continue l'entrevue. Si non, nous lui indiquons que nous avons maintenant quelque chose à lui dire. Comme nous l'avons écouté, nous désirons qu'il nous écoute à son tour. Sur son approbation, on continue.

b) La deuxième phase: «Expliquer les lois»

Nous expliquons alors au père agresseur que l'inceste est couvert par trois lois distinctes, soit par le droit criminel, qui peut conduire à la prison, soit par le droit civil qui pourrait permettre à l'enfant victime d'agression sexuelle de réclamer des dommages ou encore par la *Loi sur la protection de la jeunesse*¹⁰, qui concerne la protection de l'enfant. C'est en vertu de cette loi que le travailleur social peut faire enquête¹¹ et, dans l'espèce, elle porte sur l'évaluation d'une agression sexuelle.

Si le père nie alors que l'agression sexuelle paraît fondée, il faut alors s'en remettre au tribunal qui décidera s'il y a eu ou non inceste. Par contre, si le père reconnaît les faits et accepte de l'aide, il devient alors possible d'envisager la signature d'une «entente volontaire»¹² après avoir décrit la forme d'aide offerte comme les thérapies individuelles, de groupes, familiales et conjugales.

On doit, par la suite, insister sur l'importance, en cas d'inceste, que le père le reconnaisse. C'est d'abord essentiel pour lui. On voit souvent que l'inceste continue s'il n'est pas traité. De père incestueux qu'il est aujourd'hui, il deviendra un grand-père «taponneux». Heureusement, ceux qui suivent la thérapie règlent presque tous ce problème. Il s'agit même d'une situation facilement corrigible par la thérapie.

S'il semble plus préoccupé de la survie de son couple, nous reconnaissons qu'il peut arriver qu'elle ne supporte pas ce qui s'est produit et qu'elle se sépare de lui. Mais si elle l'aime et voit qu'enfin il reconnaît son problème et accepte d'être aidé, les probabilités que la famille n'éclate pas sont meilleures. Autrement, comment sa famille peut-elle survivre?

Il faut aussi lui faire comprendre les conséquences sur son enfant. Toutes les recherches démontrent que les enfants agressés sexuellement par leur père vivent de graves conséquences. Le problème résulte du fait qu'on ne sait pas quelles formes elles prendront et quand elles surviendront. Pour un adolescent, ce sera la drogue ou la prostitution. Pour un autre, il s'agira de dépression chronique. Pour d'autres, ce sera l'échec de la relation conjugale ou celui de l'établissement d'une famille. L'aide thérapeutique est surtout efficace lorsque

10. L.R.Q., c. P-34.1.

11. Art. 35.1, *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q. c. P-34.1.

12. «Entente sur des mesures volontaires»: il s'agit d'un document où le directeur de la protection de la jeunesse résume la situation familiale, le problème, les buts de l'intervention sociale et l'engagement des personnes impliquées à participer à certaines mesures correctives. Signent le père, la mère, l'enfant de 14 ans et plus et le délégué du directeur de la protection de la jeunesse.

le père reconnaît la réalité des faits. S'il nie l'agression sexuelle, la thérapie a malheureusement une portée limitée pour l'enfant.

Durant l'exposé de la situation par le travailleur social, on doit refuser de se laisser interrompre par les négations du père.

On doit tenir compte des révélations faites par les autres membres de sa famille afin de l'inciter à reconnaître les faits. Ainsi, s'il semble sensible à l'avenir de son enfant, c'est sur cet aspect qu'il faut insister. S'il paraît menacé par la crainte du divorce, on lui indique que la reconnaissance du problème et la demande d'aide ont plus de chances de prévenir le divorce que l'inverse. Si c'est la crainte d'aller en prison qui le conduit à nier, nous devons, à ce stade, lui indiquer qu'on ne le signalera pas à la police. Bien sûr, son épouse ou l'enfant peuvent le faire; mais cela découle habituellement d'un refus de collaborer.

Lorsqu'il semble avoir compris tous les éléments de la situation, il est temps pour le père de connaître la position du travailleur social. Après lui avoir dit être spécialisé dans l'évaluation des signalements d'inceste et avoir procédé ici comme dans les autres cas, il lui dira clairement croire qu'il a agressé sexuellement son enfant. Il lui fera connaître son droit d'être représenté par un avocat et de se défendre. Même plus, il l'incitera à le faire s'il soutient que c'est une erreur. On ne doit jamais admettre de tels faits si ce n'est pas vrai.

Par contre, le travailleur social doit le sensibiliser à l'importance - dans son intérêt - de reconnaître les faits et d'accepter l'aide offerte s'il a ce problème.

À défaut d'aide, il doit réaliser que les agressions vont se poursuivre. Son conjoint et son enfant risquent d'en vivre des conséquences désastreuses à long terme, même si ils se font aider en thérapie. On lui précise, enfin, que s'il refuse de reconnaître les faits, le dossier sera transféré au tribunal¹³.

c) *La troisième phase: la reconnaissance ou la négation de l'agression sexuelle*

La dernière partie de l'entrevue ouvre la porte à trois possibilités: un long silence; une tentative pour «étirer» l'entrevue; ou encore, un refus catégorique d'admettre l'agression sexuelle.

i) *Un long silence.*

Le père ne dit rien et semble réfléchir. Après un temps plus ou moins long d'attente, nous le rassurons en lui faisant comprendre qu'il n'est pas facile de faire une telle admission.

13. Art. 52 al. 3, *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1.

Lorsqu'il se met à parler, il s'exprime souvent d'une manière générale comme «Oui j'ai un problème avec la sexualité.» Ou encore: «Tout ça est vrai.» De telles généralités sont insuffisantes. Il doit fournir des détails pour mesurer s'il est crédible et s'il est vraiment prêt à dévoiler en entier l'agression sexuelle. L'entrevue se déroule comme avec les autres membres de la famille en distinguant les «faits» des émotions et des interprétations.

Il est parfois tenté de minimiser certains gestes. Il faut l'en empêcher, car il risque de passer tout son temps à «sauver son image» au lieu de l'utiliser pour régler son problème. Il peut aussi tourner autour du problème : «Au début je l'ai touché bien involontairement». Ou encore : «Je ne me rappelle plus si j'ai essayé la pénétration». Il faut se montrer ferme et lui indiquer qu'il vaut beaucoup mieux tout dire, maintenant qu'il a commencé à le faire. On l'encourage à se libérer en lui signalant qu'il se donne, à lui et à son enfant, une nouvelle chance de recréer d'autres liens positifs.

Puis vient le moment d'aborder l'élément «responsabilité». S'il se reconnaît seul responsable, il est opportun de faire état de sa lucidité et de sa franchise. S'il y voit une responsabilité partagée, nous devons lui expliquer pourquoi il ne peut y avoir qu'un seul responsable: lui. Il faut éviter à tout prix de lui permettre de fuir sa responsabilité ou de trouver une excuse pour justifier ses actes. En outre, il doit comprendre que l'enfant n'a pas vraiment la liberté de dire non. Il se croit obligé de participer, même si le père n'utilise pas la violence. Il doit aussi réaliser qu'un enfant recherche l'affection de son père et qu'il ne doit pas confondre cela avec le désir d'une relation sexuelle. De même, lorsqu'une adolescente demande à son père si elle est belle, c'est qu'elle veut se rassurer sur sa féminité, non lui faire des avances.

Enfin, on lui indique qu'il va y avoir une rencontre avec tous les siens et qu'il devra expliquer clairement ce qui s'est passé entre lui et l'enfant. Tous seront là parce qu'ils doivent savoir ce qui se passe au sein de leur famille et que l'enfant agressé sexuellement a le droit à ce que la situation pénible vécue par lui soit reconnue par tous. De plus, le dévoilement familial constitue un excellent moyen de prévenir la récurrence. Enfin, le père pourra mieux accepter le traitement en se libérant ainsi de son secret.

ii) La tentative pour étirer l'entrevue.

L'entrevue peut s'étirer par une discussion plutôt animée. Le père veut bien, par exemple, accepter le traitement, sans toutefois reconnaître qu'il a agressé sa fille. Ou encore, il pose toutes sortes de questions sur les renseignements obtenus des autres personnes et se montre très intéressé à discuter sur ceux-ci, sans jamais se prononcer sur le fondement du signalement de l'agression sexuelle.

On doit alors se montrer très ferme pour éviter de passer à côté du problème. «On ne peut accepter l'opération à cœur ouvert si on n'a pas de maladie du cœur.» «Il reste une seule question, soit de savoir si oui ou non tu as agressé sexuellement ton enfant.» S'il continue d'utiliser la même stratégie, il faut alors combattre les résistances qui semblent le retenir d'avouer, notamment en cherchant à prévoir ses craintes et à le rassurer, à la lumière de ce que les autres membres de la famille ont déjà dit. On lui rappelle la confidentialité inhérente à la *Loi sur la protection de la jeunesse*¹⁴ de sorte que personne ne l'apprendra. Bref, le travailleur social doit se montrer perspicace pour identifier ce qui retient le père d'avouer afin de lui faire comprendre que la situation sera peut-être pire s'il refuse d'avouer et de recevoir de l'aide. Les craintes du divorce, de la police, ou de la prison sont des facteurs qui peuvent facilement amener le père à nier.

Il faut aussi insister sur les avantages que l'enfant en retirera pour briser ses résistances. S'il l'a agressé, il doit maintenant réparer le désastre. La première façon de le faire, c'est de le reconnaître. En effet, l'enfant agressé sexuellement par son père risque de ne jamais vraiment en guérir, si ce dernier nie l'agression.

En cas de négation, nous terminons «à petit pas» l'entrevue. Lentement, nous refermons notre dossier, lui rappelant une dernière fois qu'il peut encore, avant de mettre un terme à l'entrevue, reconnaître les faits, accepter l'aide proposée et signer «une entente volontaire». Dès l'entrevue terminée, l'affaire sera déférée devant le tribunal. Il est arrivé plusieurs fois que le père se ravise alors à la dernière minute.

iii) Un non catégorique.

Il y a des situations où le père nie catégoriquement. Il ne faut pas, cependant, confondre ce «non catégorique» avec un «non hésitant». Dans ce dernier cas, nous sommes dans la catégorie précédente. Mais dans l'autre, le père ne veut pas aborder le sujet et même souvent, s'il le peut, il quitte la pièce.

Nous l'avisons alors que le dossier sera transmis au tribunal et qu'il a le droit de se faire représenter par un avocat¹⁵. Nous l'informons que son enfant sera placé, à moins que la mère ne nous ait fourni auparavant une alternative ou que le père suggère qu'il peut quitter la maison en attendant que la situation soit éclaircie.

14. Art. 11.2, *Loi de la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1.

15. Art. 5, *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q. c. P-34.1.

8. La rencontre familiale.

S'il y a eu aveu du père, on rencontre, dès que possible, tous les membres de la famille: le père, la mère, l'enfant agressé sexuellement et tous les autres enfants. Tous doivent savoir ce qui se passe, d'autant qu'ils ont subi, souvent, les effets du climat familial incestueux. Lorsqu'ils apprennent l'existence d'un inceste, leur image de l'enfant victime s'en trouve généralement modifiée: ce dernier passe de «mouton noir» à celui qui a souffert. De partager ce secret diminue les risques que les enfants ne se sentent exclus lorsqu'ils verront leur père, leur mère et un seul enfant suivre une thérapie. De plus, comme l'inceste ne peut vivre que dans le secret, briser ce secret familial diminue grandement les risques de récidives et augmente les probabilités que l'enfant victime, étant maintenant cru, parle immédiatement s'il y a récidive. Enfin, cette rencontre est parfois l'occasion de dévoiler d'autres éléments, comme ce fut le cas d'un grand frère qui s'était toujours demandé si sa soeur aînée était adoptée, ce qui était effectivement le cas.

C'est difficile pour le père d'avouer l'inceste et ce ne sera certainement pas facile pour les autres enfants de l'entendre. Il est important que chacun pose toutes les questions qui leur sont utiles pour bien comprendre ce que va dire leur père. Le travailleur social peut lui-même poser quelques questions pour clarifier la situation. Il n'est pas nécessaire de donner tous les détails, mais il faut que toute la famille sache de quoi l'on parle, qui est la victime et jusqu'où l'agression a été poussée.

La situation de l'inceste étant suffisamment dévoilée, on aborde la question de la responsabilité. Il doit être clairement établi pour tous, que le père est le seul coupable. Si l'enfant agressé, ému par les circonstances, tente d'excuser son père, il faut réfuter ses arguments et affirmer catégoriquement que seul le père est responsable. On doit inciter la mère à donner ouvertement son opinion à ce sujet. Le père doit être incité à parler en ce sens. Tant que cette question n'est pas comprise et acceptée par tous, il faut continuer d'en parler.

Les membres de la famille doivent s'interroger sur les raisons pour lesquelles le secret fut si longtemps caché. Il en ressort la plupart du temps que l'éloignement entre la mère et l'enfant victime a empêché ce dernier de se confier. D'où la nécessité pour la mère de comprendre qu'elle doit développer des liens plus étroits avec cet enfant. Parfois, ce sont des menaces paternelles, même voilées, qui ont bloqué les confessions de l'enfant. On doit alors signaler clairement que toute nouvelle tentative pour inciter la victime à ne plus parler et à se dédire aboutirait obligatoirement devant le tribunal. Enfin, il faut rappeler que la violence physique est toujours inacceptable et sera intolérable en pareil cas.

La rencontre familiale terminée, on peut enfin envisager de signer l'entente sur mesures volontaires¹⁶. La première partie décrit le problème le plus clairement possible. La rédaction est faite en leur présence en disant tout haut ce qu'on veut écrire, obtenant ainsi leur assentiment avant de le faire.

La deuxième partie comprend les objectifs visés par l'intervention sociale, à savoir la cessation de tout acte d'agression sexuelle, la prévention de la récidive, la réparation des dommages et la protection de l'enfant victime.

La dernière partie spécifie les moyens à prendre pour remédier à la situation. Tous s'engagent à suivre les rencontres individuelles, les rencontres de groupe, les thérapies familiales et même conjugales proposées. Parfois, il faut prévoir des clauses particulières comme l'obligation pour la mère de ne pas laisser son enfant seul en présence du père, l'obligation pour le père de se soumettre à une évaluation psychologique ou psychiatrique, ou encore l'obligation pour l'enfant agressé de suivre une thérapie individuelle ou de subir un examen médical. S'il y a un placement de l'enfant, on indique la durée et les modalités.

Chaque personne concernée doit lire l'entente et la signer. Chacun en reçoit une copie, les invitant à contacter le travailleur social, au besoin, avant qu'un autre intervenant du Centre jeunesse ne prenne en charge leur dossier.

V. LES PARTICULARITÉS CONCERNANT LES ENFANTS DE MOINS DE CINQ ANS

La différence la plus importante, lorsque l'expertise concerne un enfant âgé de moins de 5 ans, résulte de la chronologie des rencontres. En effet, le travailleur social devrait rencontrer d'abord le parent non soupçonné, et d'autres personnes significatives si nécessaire, avant de rencontrer l'enfant. En ce cas, la mère est le plus souvent au courant du signalement, quand elle ne l'a pas initié elle-même. À l'aide de ces rencontres préalables, on prend des informations sur ce que l'enfant a pu dire, sur ses gestes pour le dire, sur ses connaissances en matière de sexualité et son vocabulaire à ce sujet. On doit aussi s'enquérir si l'enfant est de contact facile et de la manière dont on peut arriver à mieux lier connaissance avec lui?

16. Art. 52, *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1. Voir à ce sujet, BOISCLAIR, C. «L'entente sur les mesures volontaires dans la *Loi sur la protection de la jeunesse*», (1982) 13 R.D.U.S. 143 à 210.

A. La première rencontre avec l'enfant:

Elle a généralement lieu à son domicile, dans sa chambre. Au préalable, nous avons demandé à sa mère quel moment de la journée était le plus propice pour le rencontrer, en évitant les périodes de ses siestes et de ses émissions favorites. Il est important d'apporter un ou deux livres expliquant à l'aide d'images la sexualité aux enfants, des poupées sexuées, un bloc à dessins et des crayons, le tout à l'abri des regards de l'enfant.

Après avoir été introduit par la mère auprès de l'enfant, il est souhaitable de demeurer seul avec lui, sauf si cela l'indispose. En ce cas, on demande à la mère de ne jamais répondre (ni en parole, ni en geste), à la place de l'enfant.

Le travailleur social lui explique qu'il rencontre beaucoup d'enfants comme lui afin de les aider. Si l'enfant s'ouvre rapidement sur son problème, on l'écoute attentivement. Si non, on doit essayer de l'y amener graduellement, *sans cependant introduire le sujet.*

Pour créer un climat favorable, on peut amener l'enfant à parler, en le questionnant sur son âge, sur la maternelle, sur les adultes de son entourage, sur ses amis, ses jouets préférés, ses émissions favorites, etc. tout en refusant d'accepter des gestes comme réponses de façon à ce qu'il s'exprime verbalement pour se faire comprendre. Quand il s'habitue à parler plutôt qu'à gesticuler, on peut lui demander:

- de dire ce qu'il aime le plus et le moins en chacun des adultes qu'il connaît;
- de dessiner les membres de sa famille et d'expliquer son dessin. Par exemple, une enfant de trois ans, ayant dessiné son père sur une feuille à part et mit beaucoup de monstres autour de lui, expliqua qu'elle ne l'aimait pas parce qu'il lui «chauffait les fesses» avec de la «crème chauffante» et son «gros doigt».

On peut éventuellement utiliser des livres sur la sexualité expliquée aux enfants pour saisir les mots avec lesquels l'enfant désigne les parties de son corps et délimiter les connaissances qu'il a sur le sujet. Parfois, cela l'amène à parler des éléments du signalement, mais il faut éviter de lui demander s'il a déjà vécu ce qu'il voit sur les images.

On peut aborder aussi la question du secret, spécialement si les informations obtenues en ont fait mention, en lui demandant s'il sait ce qu'est un secret, si lui-même a déjà eu un secret. On peut lui indiquer que les secrets ne doivent jamais être révélés, sauf à quelqu'un qui nous veut du bien et veut nous aider. Si l'enfant veut parler en secret du secret, il faut lui permettre de le faire

à voix basse ou de se cacher sous le lit ou encore d'utiliser son téléphone jouet ou faire parler ses poupées.

Durant cette première entrevue, on ne doit pas dévoiler encore l'objet du signalement. On se contente de favoriser indirectement un échange pour que, si l'agression sexuelle existe, il arrive à en parler de lui-même. S'il y parvient, on l'amène à préciser tous les faits «vus ou entendus» à partir de ce qu'il raconte. Aussi, s'il dit que son papa lui met «un gros doigt» dans ses fesses, on peut l'inviter à reproduire l'acte à l'aide de ses poupées. À l'occasion, on peut utiliser les poupées sexuées.

Parfois, l'enfant cesse de parler soudainement et il ne veut manifestement plus continuer cette conversation. À ce moment, il est préférable de terminer la rencontre en lui indiquant qu'on aimerait bien revenir jouer avec lui.

B. La deuxième rencontre avec l'enfant.

Si la première rencontre n'a pas porté fruit, il faut en changer l'approche en choisissant un moment et un endroit propice à l'intimité, que ce soit à la maison ou à la garderie et en le rencontrant si possible le même jour ou le lendemain matin.

Cette fois, nous inversons les rôles et disons à l'enfant qu'on a besoin d'aide. Utilisant le même vocabulaire que celui de l'enfant, nous abordons le sujet qui nous préoccupe, sans cependant être précis. On peut dire, par exemple: «J'ai besoin qu'on m'aide à comprendre quelque chose. On m'a dit qu'il se passait quelque chose quand tu vas chez papa les fins de semaine. Veux-tu en parler?»

Ses propres poupées deviennent alors un moyen utile pour mimer les situations en cherchant constamment à lui faire préciser ce qu'il exprime et à distinguer entre les faits réels de ce qu'il pourrait s'imaginer. Si l'enfant évoque des scènes à caractère sexuel, on peut alors utiliser les poupées sexuées pour l'aider à bien préciser tout ce qu'il dit. Ses mots et ses gestes sont extrêmement révélateurs.

C. Les démarches ultérieures

Lorsque la seconde entrevue ne permet pas de recueillir des indices d'une agression sexuelle, il y a lieu de fermer le dossier. Mais si quelques doutes persistent, nous poursuivons l'expertise psychosociale dans un autre lieu et en l'absence voulue de la mère, puisque l'enfant est maintenant habitué à ces rencontres.

Il est souvent nécessaire de requérir un examen psychologique pour le tout jeune enfant présumé agressé. D'une part, cette dernière expertise aide à vérifier certaines hypothèses comme celles où l'enfant parlerait d'agression sexuelle pour «plaire à sa mère». D'autre part, elle contribue à nous éclairer sur la relation qu'entretient l'enfant avec ses parents et comment il vit la situation d'agression sexuelle. Elle viendra aussi corroborer les recommandations ultérieures en cas de déni de l'agresseur.

L'évaluation médicale peut parfois être utile. Elle est même toute indiquée s'il y a crainte d'infection, de maladie vénérienne ou si l'on pense qu'il y a eu relation sexuelle. Il est prudent de faire appel à un pédiatre ayant une certaine expertise dans ce genre de problème.

VI. LA CRÉDIBILITÉ DES DÉCLARATIONS DE L'ENFANT

Dans un ouvrage récent, l'auteur Hubert Van Gijseghem¹⁷ souligne que le taux de fausses allégations, selon les études récentes de Faller¹⁸, de Jones & McGraw¹⁹ et de Mans²⁰ se situe entre 1% et 3% seulement. Plus réservé, John C. Yuille²¹ parle d'un taux de véracité de «plus de 90%». Quoi qu'il en soit des statistiques, c'est la situation concrète de l'enfant évalué qu'il faut juger.

À la lumière de notre exposé, on comprend que c'est essentiellement l'analyse de ce que dit l'enfant qui permet de conclure qu'il a été, ou non, agressé sexuellement. D'ailleurs, affirme une psychologue spécialisée dans la problématique de l'inceste:

«aucun test psychologique n'a été spécialement conçu pour prouver l'existence de l'inceste... On n'a pas encore trouvé non plus un type de réponse à un test projectif particulier qui serait un indicateur fiable.»²²

D'abord, il faut s'attarder au contenu, mais aussi à la manière dont l'enfant livre son message. Néanmoins, quelques autres facteurs peuvent nous aider.

-
17. Gijseghem, H.V. (1992). Particularité du témoignage de l'enfant victime d'abus sexuel. Dans Gijseghem, H.V. (1992). *L'enfant mis à nu. L'allégation d'abus sexuel : La recherche de la vérité*. Montréal : Méridien psychologie, p. 19.
 18. Faller, K. (1988). *Child sexual abuse*. New York: Columbia University Press.
 19. Jones, D. et McGraw, J. (1987). Reliable and fictitious accounts of sexual abuse in children. *Journal of Interpersonal Violence*, 2, 27-45.
 20. Mann, E. (1985). The assessment of credibility of sexually abused children in criminal court case. *American Journal of Forensic Psychiatry*, 6, 9-15.
 21. Yuille, J.C. (1992). L'entrevue de l'enfant dans un contexte d'investigation et l'évaluation systématique de sa déclaration. Dans Gijseghem, H.V. (1992). *L'enfant mis à nu. L'allégation d'abus sexuel : La recherche de la vérité*. Montréal: Méridien psychologie, p. 101.
 22. Lapointe, R. et Mercure, L. (1990). *Y a-t-il inceste?* Montréal: Stanké, p.121.

A. Les facteurs importants dans le contenu du message :**1. La précision dans la description des gestes d'agression sexuelle.**

L'enfant agressé sexuellement peut, même très jeune, donner des détails surprenants concernant les actes sexuels. S'il a vécu un ou plusieurs événements qui l'ont beaucoup marqué, il peut décrire avec précision la position et les gestes de l'autre, les siens, etc. Cela a d'autant plus de poids que l'enfant démontre des connaissances nettement avancées pour son âge, surtout si ses parents reconnaissent qu'il n'a que peu de connaissances sur la sexualité.

Par exemple, une fillette de cinq ans qui, de l'avis de ses parents, n'aurait pas de notions sur la sexualité, n'aurait pas pu décrire aussi précisément les étapes d'une masturbation, si elle ne l'avait pas vécu, en disant : qu'elle prend le pénis entre son pouce et ses doigts, qu'elle le touche de bas en haut, que le pénis devient dur, qu'il bouge tout seul, qu'il devient très humide et «qu'après il devient tout petit». Il n'y a que l'apprentissage par expérience qui a pu lui enseigner cela.

2. Les détails périphériques de l'agression sexuelle.

Il est étonnant de constater combien un enfant, même jeune, peut donner beaucoup de détails périphériques comme le vêtement qu'il portait, celui que portait l'autre, l'endroit où s'est déroulée la scène, ce qu'ils faisaient auparavant, ce qu'ils ont fait après, où était la mère, la couleur de l'auto, etc. Tout est important pour vérifier ses allégations. Par exemple, cela permet de recouper les souvenirs de la mère qui situe le début de l'agression sexuelle lorsque son mari a amené pour la première fois l'enfant à la pêche; ou à l'époque où il demeurait dans un logement de quatre pièces, tandis qu'aujourd'hui, ils demeurent dans une maison.

3. L'absence de contradiction.

Il faut scruter la version de l'enfant pour y découvrir d'éventuelles contradictions tout en prenant garde de ne pas confondre les vraies et les fausses contradictions. Par exemple, un jeune enfant commence fréquemment par dire qu'il s'agit «d'un ami de papa» avant de nommer explicitement son père. Cette apparente contradiction s'explique par la difficulté de tout enfant à mettre en cause ses parents. Également, lorsqu'un enfant dit que cela se passait dans les toilettes puis, plus tard, que c'était au salon, s'agit-il d'une contradiction? Les événements ont très bien pu avoir lieu à plusieurs endroits et, en raison de son âge, l'enfant ne peut penser à tout en même temps.

4. L'augmentation progressive des agressions sexuelles.

Il est vraisemblable de penser qu'un père agresseur sexuel augmentera au moins la fréquence de ses agressions, sinon la gravité même des actes posés. En effet, certains pères incestueux semblent avoir une obsession des seins et s'en tiennent à cette partie du corps de l'enfant, même si l'agression s'étale sur plusieurs mois, voire même plusieurs années. Mais même alors, il est probable qu'il agressera son enfant de plus en plus fréquemment.

5. Le secret de l'agression sexuelle.

Il y a évidemment secret lorsque cette forme de relation se continue sans être dévoilée. Du reste, l'inceste ne peut se prolonger que dans le silence. Ce secret peut être parfois imposé à l'enfant par la force ou par l'autorité du rôle : ce qu'un père fait ne peut pas être remis en question. Plusieurs facteurs contribuent à maintenir cet état des choses : la crainte de l'enfant d'être blâmé, la difficulté d'en parler avec sa mère, l'influence des avantages obtenus et des cadeaux, et la crainte que son père soit mis en prison.

6. L'absence de modèle standard lorsqu'il y a plusieurs agresseurs.

Bien que les actes de l'un doivent ressembler à ceux de l'autre, il existe certaines différences qu'il faut identifier.

B. Les facteurs tirés de l'analyse de la forme du message :

1. Le message principal : l'agression sexuelle.

Dû aux émotions intenses et au poids du secret qui lui sont rattachés, l'agression sexuelle est la plus grande préoccupation de l'enfant. Une adolescente, par exemple, consacre habituellement beaucoup plus d'ardeur à décrire l'agression qu'à nous convaincre qu'elle doit être placée pour être protégée. L'inverse serait certainement suspect. Serait également suspecte l'attitude d'un enfant qui insisterait et répéterait un même message «à dire absolument au tribunal» pour que son père soit emprisonné.

2. L'intensité émotionnelle.

Entendre les premiers aveux d'un enfant victime d'inceste est très émouvant. La pression émotionnelle nous rejoint et nous convainc. Toutefois, lorsque l'enfant a exprimé son secret, qu'il a déjà reçu compréhension et aide, il peut, par la suite, témoigner de ce qui lui arrive avec moins d'intensité apparente. Il ne faut pas alors douter pour autant de ses propos.

3. Lorsque l'enfant «protège» l'agresseur.

L'enfant victime veut que l'agression sexuelle cesse, mais cela n'empêche pas qu'il puisse aimer son père. Aussi, il raconte suffisamment son histoire pour qu'on le prenne au sérieux, mais il n'essaie pas de «noircir» absolument son père. Bien au contraire, la plupart ne veulent surtout pas qu'il soit mis en prison. L'absence d'hostilité à l'égard du père, le cas échéant, donne encore plus de crédibilité aux déclarations de l'enfant.

C. Les autres facteurs :

En plus de l'analyse de ce que révèle l'enfant, d'autres facteurs peuvent nous guider à conclure. Par ordre croissant d'importance, on peut noter :

1. Les problèmes de comportement.

La masturbation compulsive, les jeux à nette connotation sexuelle, les relations sexuelles multiples et, dans une moindre mesure, les fugues, l'absentéisme scolaire, la consommation de drogue, la dépression, les tentatives de suicide, les troubles de sommeil, les troubles somatiques, etc. sont des perturbations éventuellement liées à l'inceste.

Pourtant, certains enfants vivent de tels problèmes tandis que d'autres non. Bien sûr, tout enfant ayant des problèmes de comportement n'a pas nécessairement été agressé sexuellement. Mais, les trois premiers éléments ci-dessus sont souvent révélateurs d'agression sexuelle.

2. La preuve médicale.

Il est plutôt rare qu'un examen médical puisse prouver une agression sexuelle. Évidemment, une maladie transmise sexuellement ou une dilatation béante du rectum sont les traces les plus probantes d'agression sexuelle. Mais elles n'arrivent quand même pas à nommer l'agresseur!

3. La deuxième expertise concluante.

Il s'agit ordinairement d'une évaluation psychologique ou pédopsychiatrique de l'enfant présumé agressé sexuellement. Si l'examen est concluant et, dans la mesure où l'argumentation est solide, il faut en tenir compte.

4. Le témoin visuel.

Il peut arriver que l'on ait un témoin visuel. C'est ordinairement la mère qui surprend son conjoint. Cela est rare cependant. De plus, il faut être prudent

et vérifier ce qui a été vraiment «vu», pour distinguer entre ce qu'une personne croyait avoir «vu», et qu'elle avait plutôt «interprété».

5. L'aveu de l'agresseur.

Évidemment, lorsque l'agresseur reconnaît avoir agressé sexuellement son enfant, en donne les détails correspondant à ceux révélés par sa victime et avoue devant les membres de sa famille, il n'y a plus de doute. Malheureusement, ces aveux interviennent souvent à la toute fin du processus, alors que l'on a déjà dû décider du bien-fondé du signalement de l'agression sexuelle.

VII. LES SITUATIONS OÙ UNE GRANDE PRUDENCE S'IMPOSE

Nous avons déjà dit combien il faut être minutieux dans l'expertise psychosociale, car toute erreur a de graves conséquences. Si on doit conclure avec prudence, il est des situations qui nécessitent plus de circonspection que d'autres, car nous risquons d'y commettre plus d'erreurs.

A. Une querelle de couple.

Si le signalement arrive alors que les parents se querellent devant les tribunaux, on peut craindre que l'enfant soit une arme utilisée contre l'autre. C'est particulièrement vrai si la garde ou les droits de visite sont en cause²³.

Le plus à craindre résulte d'une mauvaise interprétation de certains gestes par ailleurs anodins. Si, par souci de l'enfant, on l'examine et le questionne «à fond» lorsqu'il revient d'une visite de chez l'autre parent, on peut réussir à «découvrir des gestes soupçonnables» où il n'y en a pas. De plus, les réactions parentales exagérées lors des «découvertes» ainsi faites peuvent biaiser l'évaluation du signalement.

23. Gijseghem, H.V. (1992). Les causes de divorce ou de droit d'accès comme contexte de la fausse allégation d'abus sexuel. Dans Gijseghem, H.V. (1992). *L'enfant mis à nu. L'allégation d'abus sexuel: La recherche de la vérité*. Montréal: Méridien psychologie, p.117 et suivantes.

B. Une histoire apprise.

Lorsqu'un enfant, dès le début de la première rencontre et avant de lui avoir posé une seule question, nous révèle spontanément son «secret» : «Papa me touche les fesses», ou encore : «Papa m'a touchée ici» (en montrant son pubis), il faut recevoir l'aveu avec prudence. Le secret de l'inceste est très difficile à faire raconter, à moins que l'enfant ne réalise pas encore qu'il le subit, ou qu'il n'ait eu l'occasion d'en parler plusieurs fois déjà; ce qui du reste va compliquer l'analyse dans cette dernière hypothèse.

En effet, on peut craindre que l'enfant ait été amené à prendre parti pour un parent, surtout lorsqu'une âpre dispute existe dans le couple. À la limite, on peut même envisager qu'il s'agisse d'une histoire apprise destinée à nous la faire découvrir.

C. Une situation invraisemblable.

Il existe plusieurs situations inusitées et invraisemblables comme celle d'une adolescente qui soutiendrait être agressée par son père, son frère, un oncle et son grand-père tout à la fois. Ou encore, une jeune fille qui racontait que son père la caressait devant sa nouvelle conjointe et des invités, dans le salon. Dans ces cas, il faut s'appliquer à scruter tous les «détails périphériques» possibles pour découvrir la vérité.

D. La présence de plusieurs pères.

Dans les situations de familles reconstituées, les jeunes enfants peuvent appeler papa, le nouveau conjoint de leur mère... ou maman, la conjointe de leur père. Aussi, il faut faire préciser - surtout pour les plus jeunes - le prénom du «papa» en question ou encore demander de décrire ce «papa», en trouvant une caractéristique propre à l'identifier. Par exemple, lors d'une expertise où le signalement d'agression sexuelle s'était avéré fondé, une mère eut la mauvaise surprise de constater que le «papa» en question n'était pas son ex-conjoint - le père de la fillette - mais son conjoint actuel. Et c'est seulement par la description des vêtements du «père» et des lieux qu'on a pu identifier l'agresseur qui a finalement lui-même avoué.

CONCLUSION

Le modèle psychosocial d'une expertise dans les signalements d'inceste que nous venons d'exposer est le fruit de toute une équipe de professionnels très engagés du Centre Jeunesse de l'Estrie. Ils l'ont construit grâce à beaucoup d'efforts, de recherches, d'imagination et d'expérimentations.

Que peut-on dire de l'efficacité de ce modèle? Malheureusement, un effort d'évaluation scientifique de son efficacité n'a pu être mené à terme. On peut quand même souligner que de tous les cas jugés fondés par le moyen de ce type d'expertise, très peu ont dû être judiciairisés. Pour les autres cas, une très nette majorité, l'agression a été reconnue verbalement et par écrit par toutes les personnes impliquées. Une entente volontaire a pu alors être conclue où toutes les parties acceptaient de collaborer avec le directeur de la protection de la jeunesse pour rétablir la situation.

En terminant, il faut souligner que ce modèle d'expertise nécessite que le directeur de la protection de la jeunesse veille à ce qu'on procure, aux intervenants qu'il mandate, une formation appropriée à ce type d'évaluation très complexe, un support clinique adéquat et une charge de cas compatible avec la disponibilité tant nécessaire ici. Souhaitons qu'on saura assurer le maintien, dans le contexte actuel, de ces conditions vitales à un travail de qualité dans le mandat si délicat et si nécessaire qu'est l'évaluation des signalements d'inceste!

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LES PROFILS EN MATIÈRE D'ALLÉGATIONS D'ABUS SEXUELS : UNE INVITATION À LA PRUDENCE

Auteur(s) : Luc MORIN

Revue : RDUS, 1992-1993, volume 23, numéro 2

Pages : 415-432

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13401>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13401>

Page vide laissée intentionnellement.

LES PROFILS EN MATIÈRE D'ALLÉGATIONS D'ABUS SEXUELS : UNE INVITATION À LA PRUDENCE

par Luc MORIN*

Dans son enthousiasme et ferveur pour expurger le mal et la souffrance, l'homme adopte parfois des a priori simplistes. Ainsi, en Nouvelle-Angleterre, des adolescentes et jeunes adultes présentèrent des profils de possession démoniaque. À l'été de 1692, vingt adultes furent exécutés après avoir été tenus responsable de ce crime de sorcellerie. Plus récemment, la société nord-américaine «redécouvrait» l'enfant victime d'abus sexuels et dressait les profils de l'enfant et de l'agresseur. Malheureusement, dans un nombre important de cas, des experts s'éloignant de la réalité externe et des faits ont invoqués un savoir et mis de l'avant des techniques d'évaluation incompatibles avec les données actuelles de l'art et de la science en médecine et en psychologie. L'appréciation des faits cliniques chez l'enfant, l'agresseur présumé et le tiers dénonciateur demeure complexe et controversée. Paradoxalement, pour identifier les enfants véritablement victimes d'abus sexuels et pour les protéger adéquatement, il importe de connaître comment se développent les fausses allégations d'abus sexuels.

In its drive to eliminate evil and suffering, society has occasionally had recourse to ingenuous solutions. For example, in the Summer of 1692 in New England, because a group of young women appeared to be exhibiting signs of demonic possession according to the standards of that time, twenty adults were executed for the crime of sorcery. More recently, North American society has «rediscovered» child sexual abuse, and profiles of the typical victim and perpetrator have begun to appear in the scientific literature. Unfortunately, in many cases, experts have lost sight of the reality of this type of situation and have stretched knowledge and technical expertise beyond currently accepted standards of psychology and medicine. The study of clinical indications presented by the children, as well as by the alleged perpetrators and their accusers remains difficult and controversial. Nevertheless, in order to identify and protect sexually abused children, it is most important to understand how false accusations of abuse originate.

*, Médecin et professeur du Département de psychiatrie de l'Université McGill et Directeur du Programme de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent à l'hôpital Douglas.

SOMMAIRE

Introduction	417
A- Agresseur sexuel, pédophilie et profils psychologiques	420
B- Profils, symptômes et comportements de l'enfant véritablement victime d'abus sexuel	424
C- Profils, symptômes et comportements du tiers dénonciateur	426
Conclusion	434

Introduction

En 1647, dans l'État du Connecticut, avait lieu le premier procès pour sorcellerie en Amérique du Nord. Au cours de la dernière partie du XVII^e siècle, une centaine d'autres procès furent instruits dans les États de la Nouvelle-Angleterre. Au total, trente-huit personnes, des femmes surtout, ont été exécutées. À l'été de 1692, à Salem, les événements se précipitèrent: 19 personnes furent jugées et condamnées à mort par un tribunal spécial pendant une période de trois mois. Une autre personne décéda des tortures qui lui furent infligées en prison.

Les 34 enfants de Salem, chez qui on avait trouvé des signes et symptômes de possession par le démon, présentaient un profil typique. Adolescentes ou jeunes femmes pour la plupart, dont l'âge variait entre 11 et 20 ans, elles étaient prises de convulsions accompagnées de pleurs et de cris, de paralysies temporaires, de troubles de la vision, d'aphonie et d'hyperventilation. Bien que le clergé de Boston et un grand spécialiste de l'époque sur la sorcellerie, Cotton Maher, aient suggéré au Tribunal de ne pas accorder trop d'importance aux propos, signes ou symptômes de ces adolescentes et jeunes adultes, il s'en trouvait d'autres dans la communauté, gens également instruits, magistrats et médecins, pour affirmer le contraire. Pour ces derniers, il n'existait pas de fumée sans feu et si l'adolescente ou la jeune adulte affirmait qu'elle était sous l'influence du démon par le biais d'une sorcière à qui il s'était acoquiné, il n'y avait pas lieu de douter de la véracité de ces affirmations. Dieu, pensait-on, ne permettrait jamais au démon d'emprunter un profil de sorcière, si la personne n'en n'était pas une!

Ces sorciers et sorcières, à l'époque, étaient au nombre de 150. Il s'agissait surtout de femmes mariées âgées entre 40 et 60 ans, mais également d'un petit nombre d'hommes. Quand l'accusé était jeune, il revenait alors aux experts de démontrer qu'il y avait eu transmission inter-générationnelle des pouvoirs du Mal. Un manuel officiel du Gouvernement de l'État du Massachusetts insistait sur l'importance d'établir de tels liens d'association entre les générations comme éléments de preuve. Lors des procès, les gens du voisinage étaient appelés à la barre. Ils témoignaient alors sur les visions qu'ils avaient eues des sorcières, ou plutôt du spectre de celles-ci. La plupart des gens exécutés le furent à cause de ces apparitions fantomatiques rapportées par les enfants et les membres de la communauté interrogés, mais la preuve de caractéristiques individuelles, rendant plus probable le crime de sorcellerie et la présence de facteurs circonstanciels, ne fut pas négligée pour autant. C'est ainsi, par exemple, que la découverte d'une poupée dont la tête était transpercée d'aiguilles a fourni un complément de preuve jugé irréfutable dans le cas de Bridget Bishop, la première personne à être pendue à Salem.

Il n'y a pas de doutes aujourd'hui que la majorité des personnes exécutées étaient innocentes. Les procès cessèrent brusquement quand les gens prirent connaissance que le phénomène s'étendait à une vitesse effarante à toute la communauté: la preuve par profils, ceux des enfants et des sorcières, avait cessé d'être prépondérante¹.

De nos jours, devant la prolifération des signalements et d'allégations² d'abus sexuels observés partout en Amérique du Nord, chercheurs et cliniciens n'ont eu d'autres choix que de se pencher très sérieusement non seulement sur la question du profil de l'enfant victime d'abus sexuel, mais aussi sur le profil d'autres enfants dont on avait pu croire qu'ils étaient victimes d'abus sexuels alors que les allégations se révélaient, après investigation, non fondées ou fausses. Les signalements et allégations non fondés représentent environ 60% de l'ensemble des cas rapportés. Quant aux fausses allégations, l'une des rares études ayant tenté d'évaluer cette question dans un contexte de protection de la jeunesse a montré que l'incidence des fausses allégations d'abus sexuels pouvait se situer autour de 6%³. Par contre, lorsque le contexte des allégations d'abus sexuels est celui de conflits sur la garde ou les droits de visite, l'incidence de fausses allégations devient nettement plus élevée⁴.

Le parent, l'adulte présumé agresseur et, plus récemment, le tiers dénonciateur ont également mis à rude épreuve les experts. En effet, il est clairement apparu au cours des dernières années que certaines affirmations d'abus sexuels tenaient à des interactions très complexes, non seulement entre l'enfant et un parent, mais également entre l'enfant et plusieurs autres adultes, parents ou non. En Cour, lors d'allégations d'abus sexuels, juges, avocats et

-
1. MARC MAPPEN, *Witches and Historians «Interpretations of Salem»*, Robert E. Krieger Publishing Co., Inc., 1980.
 2. En 1986, il y a eu 132 000 signalements d'abus sexuels contre 6 000 en 1976 (augmentation de 2000%). *American Humane Association: Highlights of Official Child Neglect and Abuse, Reporting 1976*. Denver, CO, American Humane Association, 1988.
 3. D. JONES et J. MCGRAW, «Reliable and fictitious accounts of sexual abuse to children», *Journal of Interpersonal Violence*, 2:27-45, 1987. Révision de tous les signalements d'abus sexuels retenus par le Child Protective Services de Denver, Colorado, en 1985.
 4. E.P. BENEDEK et D.H. SCHETKY, (1985) «Allegations of sexual abuse in child custody and visitation dispute», dans *Emerging Issues in Child Psychiatry and the Law*. Eds. D.H. Schetky et E.P. Benedek, New York: Brunner/Mazel. A.H. GREEN, (1986) «True and false accusations of child abuse in child custody disputes», *J. Am. Acad. Child Psychiatry*, 25:449-456. M.D. EVERSON et B.W. BOAT, (1989) «False allegations of sexual abuse by children and adolescents», *J. Am. Acad. Child Adolescent Psychiatry*, 28:230-235. E. MCKKELSEN, T. GUTHEIL, T. EMENS, (1992) «False sexual abuse allegations by children and adolescents: contextual factors and clinical subtypes», *Am. J. Psychotherapy*, 46:556-570. A. YATES, T. MUSTY, (1988) «Erroneous allegations of molestation by preschool children», *Am. J. Psychiatry*, 145:989-992, 1988. R. HUNTER, J. YUILLE, «Une méthode coordonnée d'entrevues relatives aux enquêtes sur les abus sexuels à l'égard des enfants, *Santé mentale au Canada*, juin/septembre 1990, pp. 17-18.

témoins experts se trouvent rapidement confrontés à la question des symptômes, des comportements et des profils prédéterminés chez l'enfant et le présumé agresseur comme sources d'information pour établir s'il y a eu ou non abus sexuel.

L'existence de profils à des fins diagnostiques n'a pas reçu l'aval des milieux scientifiques. Les tribunaux ont assisté à des nombreux débats où plusieurs professionnels ont prétendu que si l'enfant ou l'accusé présentaient un certain nombre de symptômes et de comportements bien définis, le juge devait conclure à la présence d'abus sexuels. Fort heureusement, les faiblesses de ces arguments sont maintenant connues et les tribunaux s'appliquent consciencieusement à protéger autant le droit des enfants que celui des adultes lorsqu'il s'agit d'allégations d'abus sexuels.

La présence de symptômes, de caractéristiques et de comportements particuliers, ou leur absence, chez l'enfant comme chez l'adulte, faisant l'objet des allégations, demeure cependant extrêmement révélatrice dans l'appréciation des propos d'un enfant ou de l'adulte «présumé» agresseur. Plus récemment, des connaissances plus approfondies sur certains fonctionnements du tiers dénonciateur⁵ ont permis de franchir un nouveau pas dans l'évaluation des allégations d'abus sexuels.

Nous allons d'abord examiner comment les notions de symptômes, de comportements ou même de profils, peuvent se révéler utiles pour le tribunal dans l'appréciation de la preuve. Nous donnerons quelques exemples pour illustrer comment les nouvelles connaissances peuvent être appliquées dans ce domaine particulier et complexe de l'évaluation d'enfants possiblement agressés sexuellement.

A- Agresseur sexuel, pédophilie et profils psychologiques

L'agresseur sexuel est non seulement celui qui a l'intention de profiter sexuellement de l'enfant et d'obtenir des gratifications sexuelles, mais également celui qui commet des actes sexuels répréhensibles «par culture, insouciance, inconséquence, par pure immaturité, ou naïveté.»⁶ Étant donné le très grand nombre de situations différentes que couvre une telle définition, la présomption

5. L'expression «tiers dénonciateur» fait référence à toute personne qui informe les autorités ou une autre personne de l'existence probable ou possible d'agressions sexuelles entre un adulte et un enfant.

6. *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1, Art. 3, 38 et 85.5. *Protection de la jeunesse* - 534, C.Q. Québec, 200-41-000098-91, le 17 décembre 1991. J.E. 92-475 C.Q., C. de la J., Montréal, 520-41-000063-892, le 25 avril 1990. C.Q., C. de la J., Montréal, 540-41-000030-915, le 20 mai 1992.

d'existence d'un profil unique d'agresseur sexuel ne tient pas. On connaît bien les caractéristiques des pédophiles qui ont admis leurs délits, et mieux encore ceux qui ont été emprisonnés pour ces délits: ce sont bien souvent des personnes plutôt impulsives, égocentriques, immatures, opportunistes et présentant de nombreuses carences. Toutefois, beaucoup de gens présentent des caractéristiques semblables dans la population sans pour autant être des agresseurs ou des pédophiles⁷. Même dans ce groupe de personnes qui ont affiché un comportement de pédophilie répétitif, on retrouve encore des personnes dont les attributs et les caractéristiques personnelles sont très variés et différents. L'état actuel de nos connaissances ne permet pas d'inférer la commission d'un acte précis à partir d'un profil personnel particulier ou spécifique.

Malgré la fréquence de crimes sexuels, il existe peu d'écrits spécialisés portant sur les normes et les principes relatifs à l'expertise ou à l'évaluation des agresseurs sexuels⁸. Quand le champ de l'évaluation ne consiste plus à évaluer simplement un agresseur sexuel, mais plutôt à déterminer si les allégués d'un enfant ou d'un tiers dénonciateur sont fondés, ces normes et principes sont peu utiles. Par exemple, les données concernant la validité de la pléthysmographie pénienne sont controversées⁹. Au mieux, cette technique donne un indice du profil d'excitation sexuelle et des préférences sexuelles d'un sujet. L'absence de réponses péniennes aux stimuli sexuels présentés ne permet pas d'inférer qu'il n'y a pas eu abus sexuel¹⁰. Cette technique peut certes se révéler utile pour l'évaluation d'un agresseur sexuel connu, comme complément à l'évaluation clinique, mais telle n'est pas la situation généralement dans un conflit sur la garde ou les droits de visite où apparaissent tout à coup des allégués d'abus

-
7. M. F. ELTERMAN and M. F. EHRENBURG, (1991) «Sexual Abuse Allegations in Child Custody Disputes», *International Journal of Law and Psychiatry*, Vol. 14, pp. 269-286 (p. 279).
 8. M. CAMPBELL et J. AUBUT dans *Les agresseurs sexuels: théorie, évaluation et traitement*, Les Éditions de la Chenelière, Montréal, 1992, p. 116.
 9. R. ROGERS, et C.N. MITCHELL, (1991) *Mental health experts and the criminal courts*. Scarborough, Canada: Carswell; M. F. ELTERMAN et M. F. EHRENBURG, (1991) «Sexual Abuse Allegations in Child Custody Disputes», *International Journal of Law and Psychiatry*, Vol. 14, pp. 269-286; *Protection de la jeunesse-539*, (1992) R.J.Q., 1144 à 1151, J.E. 92-696, C.Q. (Ch. de la jeunesse) 500-41-0000244-916, 1992-01-22.
 10. R. O'SHAUGHNESSY, *Sex abuse allegations in custody litigations: role of the mental health professional*. Communication présentée devant la société de formation continue en droit de la Colombie Britannique, nov. 1987. Voir aussi, *Protection de la jeunesse-539*, (1992) R.J.Q. 1144, J.E. 92-696 (C.Q.). Le père avait tenté de démontrer par pléthysmographie qu'il ne pouvait pas avoir abusé son enfant car il n'avait pas un profil d'agresseur. Le Tribunal a été d'avis qu'il ne pouvait pas inférer, d'une preuve établissant qu'un sujet s'éloigne plus ou moins du profil d'un agresseur, le fait qu'il n'a pas agressé sexuellement son fils dans les circonstances alléguées dans la déclaration devant lui. En fait, écrit le juge «toute déduction de faits mis en preuve, en l'absence de ce lien ou connexité, ne saurait être que pure spéculation, conjoncture ou soupçon».

sexuels contre un parent. La pléthysmographie demeure une technique expérimentale¹¹ qui requiert dans les meilleures circonstances un professionnel de grande expérience pour son utilisation. Les pères incestueux, qui ont admis leur comportement sexuel avec leur enfant, tendent à présenter un profil identique à celui des non-pédophiles; leur profil pléthysmographique est plutôt indifférencié, et montre une excitation sexuelle d'amplitude modérée très semblable à celle que l'on retrouve chez bon nombre de gens de différents groupes d'âge¹².

Une pédophilie officialisée et répétée, pourra avoir une valeur plus probante devant le tribunal¹³, mais il est rare dans l'évaluation d'allégations d'abus dans un contexte intra-familial que nous puissions trouver un individu où le comportement de pédophilie est à ce point connu et caractérisé. Il est probable cependant qu'il existe une pédophilie plus circonstancielle, occasionnelle ou ponctuelle, mais celle-ci demeure mal connue. En conséquence, dans bon nombre de cas, la détermination de pédophilie est peu utile pour savoir s'il y a eu ou non abus sexuels.

Il est *connu*, par contre, que lorsqu'elle est accusée d'un acte qu'il a commis, la personne souffrant de pédophilie se limite généralement à nier son agir délictueux faiblement, sans conviction. À l'inverse, un adulte accusé d'avoir agressé sexuellement un enfant et qui n'a pas commis un tel acte réagit généralement en exprimant une souffrance profonde et une rage sourde accompagnées d'un grand sentiment d'impuissance. Les parents faussement accusés ne craignent pas généralement d'être rencontrés en entrevue et sollicitent fréquemment de telles rencontres alors qu'une personne souffrant de pédophilie est plus fuyante car elle craint d'être découverte.

La pédophilie féminine demeure encore très mal connue. Certains auteurs croient qu'elle est généralement sous-estimée. À cause du petit nombre, les connaissances sont bien fragmentaires sur ce type de personnes. Il semble toutefois que la pédophilie féminine déborde rarement le cadre familial, et qu'elle aurait lieu le plus souvent à la demande ou à la suggestion d'un ami ou d'un conjoint¹⁴.

-
11. N.T. SIMON and P. SCHOUTEN, «The plethysmograph reconsidered: Comments on Barker and Howelll», *Bull. Am. Acad. Psychiatry Law*, Vol. 21, No. 4, 1993, pp. 505-511.
 12. J. PROULX dans *Les agresseurs sexuels: théorie, évaluation et traitement*, Les Éditions de la Chenelière, Montréal, 1992, p. 102.
 13. A. McKIBBEN dans *Les agresseurs sexuels: théorie, évaluation et traitement*, Les Éditions de la Chenelière, Montréal, 1992, p. 75.
 14. R. A. GARDNER, *True and false allegations of child sexual abuse*, Creative Therapeutics, N.J., 1992, pp. 79-91.

La croyance en des techniques non validées comme celles des dessins d'enfants, de poupées sexuées, et l'utilisation de tests psychologiques à des fins autres que celles pour lesquelles ils ont été créés, ont eu tendance à faire oublier que l'évaluation globale et contextuelle demeure bien souvent l'outil de base le plus adéquat pour déterminer l'existence d'agressions sexuelles ou pour expliquer et comprendre des verbalisations ou des allégués d'agressions sexuelles de la part d'un enfant ou d'un parent, surtout dans le contexte d'un conflit concernant la garde et les droits de visite. Les profils et comportements des uns et des autres peuvent permettre de comprendre les événements, en tout ou en partie; ils n'ont pas cependant la force probante qu'on aimerait parfois leur attribuer. Les propos de Michel Campbell, psychologue, devant la Chambre criminelle¹⁵ sont très révélateurs:

«- Les tests projectifs sont *neutres* et ne permettent pas d'énoncer si quelqu'un est agresseur sexuel ou pas.
- Les tests objectifs dont le MMPI *ne peuvent être utilisés pour évaluer la culpabilité ou la non-culpabilité d'une personne; cela serait d'ailleurs contraire aux normes de notre profession.*
- Le MMPI est utile pour identifier des pathologies, aide à corroborer un jugement clinique, comporte 10 échelles dont *aucune n'est axée sur l'abus sexuel.*
- Si une personne admet l'agression sexuelle, le profil psychologique obtenu par les tests est *utile dans l'élaboration d'un traitement* tandis que si la personne nie, le profil psychologique sera *très peu utile dans la détermination de la culpabilité ou de l'innocence.*
- *Aucun des tests, ni la combinaison de tests passés à l'accusé ne peut permettre de discriminer entre abuseur et non-abuseur.*
- Il existe un consensus dans la collectivité scientifique à l'effet que les tests ne peuvent permettre de discriminer les abuseurs ou les non-abuseurs, car *le profil de l'abuseur n'existe pas*; en effet, 60% des abuseurs ne présentent pas de pathologies, i.e., qu'ils ont un beau profil.»

Le MMPI (Minnesota Multiphasic Personality Inventory), est un questionnaire fréquemment utilisé par les psychologues. Il ne mesure pas réellement la personnalité, malgré son nom, mais plutôt le niveau d'hypocondrie, d'hystérie, de dépression, de psychopathie, de masculinité-féminité, de paranoïa,

15. No 500-01-000144-92, R. c. R.C., C.Q., Ch. criminelle et pénale, le 4 mars 1993. Voir aussi M. CAMPBELL dans *Les agresseurs sexuels: théorie, évaluation et traitement*, Les Éditions de la Chenelière, Montréal, 1992, p. 109 et 115. W. MURPHY and J. PETERS, «Profiling Child Sexual Abusers - Psychological considerations», *Criminal Justice and Behavior*, Vol. 19, No 1, March 1992, pp. 24-37. H. VAN GIJSEGHEN, «Les causes de divorce ou de droits d'accès comme contexte de la fausse allégation d'abus sexuel», dans *L'enfant mis à nu. L'allégation d'abus sexuel: la recherche de la vérité*, Éd. du Méridien (Montréal), 1992, p. 142.

de psychasthénie, de schizophrénie, d'hypomanie et d'introversion sociale. Les tentatives effectuées au cours des trente dernières années de trouver un profil psychopathologique qui permettrait d'identifier les agresseurs sexuels demeurent infructueuses. Ni le MMPI ni d'autres tests, tels le TAT et le Rorschach, ne permettent de distinguer les agresseurs sexuels des non-agresseurs sexuels, ni même les sous-types d'agresseurs sexuels (par exemple, pédophilie homosexuelle, pédophilie hétérosexuelle, ou encore inceste du père).

B- Profils, symptômes et comportements de l'enfant véritablement victime d'abus sexuel

Lors de l'évaluation d'allégations, les facteurs à considérer sont la présence ou l'absence de symptômes, la description de l'agression, sa sévérité, le contexte de l'agression présumée, l'histoire antérieure de mauvais traitement, le niveau de développement de l'enfant, la dynamique familiale, la vulnérabilité de l'enfant et ses capacités d'adaptation ainsi que la qualité de support disponible dans les circonstances. La seule présence de symptômes, même sévères, - les plus fréquemment observés étant la crainte, l'anxiété, la colère, le retrait, les préoccupations et la précocité sexuelle, les difficultés scolaires et les troubles du sommeil - ne permet pas d'en inférer la cause. Aucune convergence de symptômes n'a pu être associée à l'abus sexuel d'une façon suffisante pour constituer un syndrome. Les comportements et symptômes que certains affirment être des «indicateurs» d'abus sexuels peuvent très bien l'être, mais il peuvent également être attribuables à des variations normales du développement de l'enfant, à des problèmes graves d'apprentissage, à des abus physiques, à la négligence affective, à des conflits familiaux, à la discorde parentale, à des comportements d'imitation d'adultes ou d'enfants observés personnellement ou à partir de vidéocassettes ou d'émissions de télévision. Certains symptômes ou comportements peuvent aussi résulter du stress que génèrent les batailles judiciaires à propos de l'enfant, surtout lorsqu'elles sont interminables¹⁶.

L'enfant véritablement agressé se révèle le plus souvent *inquiet, hésitant, et apeuré* à l'idée de révéler la situation d'abus. Il a pu faire l'objet de menaces. Il se sent *coupable, anxieux, insécurisé*. À l'inverse, ceux qui n'ont pas été victimes d'abus sexuels *n'hésitent pas* à parler de l'événement ou de la situation. Il n'est pas rare même qu'ils *recherchent les occasions* de se raconter, les *sollicitent même*, ayant parfois reçu ouvertement des instructions de tout dire. Toutefois, après quelques entrevues, lors desquelles on leur a demandé s'ils se sentaient anxieux, coupables, apeurés, etc., l'enfant aura pu apprendre qu'il aurait

16. L. MORIN et C. BOISCLAIR, «La preuve d'abus sexuel: allégations, déclarations et l'évaluation d'expert», *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, Vol, 23, No 1, pp 58-59, 1992-93.

tout avantage à incorporer de tels éléments à ses propos pour accroître sa crédibilité. Chez certains enfants, les allégations d'abus sexuels sont *l'occasion d'obtenir beaucoup d'attention, un plaisir malsain, et une notoriété qu'ils n'auraient pas autrement*¹⁷. En entrevue, un enfant âgé de 6 ans insistait pour «tout» raconter des agirs de sa mère à son égard: 99 fois, avait-il dit avoir été abusé à une personne, 2000 fois à une seconde. Toutefois, devant le Tribunal, les propos de l'enfant se sont limités à dire que sa mère se couchait près de lui et qu'alors il manquait d'air!¹⁸

L'enfant qui accuse faussement peut aller jusqu'à réclamer le *face à face* avec l'abuseur présumé, pour le confondre. L'enfant véritablement traumatisé et abusé est généralement trop craintif et anxieux pour cela.

L'enfant véritablement agressé est généralement capable de fournir des détails spécifiques sur l'habillement, les lieux, et les personnes présentes dans la maison au moment des abus. Il raconte une histoire non-changeante, essentiellement la même, car il s'en remet à sa mémoire des événements réels. À l'inverse, quand il s'agit d'une histoire inventée, l'enfant peut éprouver des *difficultés à fournir des détails* et sa *description des événements sera plus fantaisiste, voire absurde. L'enfant qui n'a pas été agressé tend à raconter une histoire où le contenu varie dans le temps: d'abord parce qu'il ne peut pas raconter des faits réels et, en second lieu parce qu'il a incorporé une partie des propos et des inquiétudes de ceux qui l'ont interrogé.*

Un *langage trop «adulte»* pourra également laisser voir que les propos de l'enfant ne lui appartiennent pas. Il en est de même de la *récitation*, de la *leçon bien apprise à force de répétitions* consécutives aux interrogatoires des adultes. L'enfant véritablement agressé s'en tient généralement à son expérience spécifique, qu'il raconte simplement, dans ses mots propres. L'autre, qui n'a pas été agressé, doit dépendre d'un *scénario emprunté* chez un parent, un professionnel, un enseignant, ou un autre adulte. *Le défi consiste alors à identifier la source des scénarios.*

L'enfant agressé et traumatisé pourra avoir tendance à recréer directement ou d'une façon symbolique les événements traumatisants dans un but probable de désensibilisation; l'enfant non abusé, quant à lui, *n'aura pas* tendance à agir de cette façon en situation ludique. Il faut toutefois être particulièrement attentif à l'enfant déjà *«traité» pour abus sexuel*: il pourrait reproduire des jeux thérapeutiques destinés à le désensibiliser de traumatismes

17. R. A. GARDNER, *Sex Abuse Hysteria*, Creative Therapeutics, N.J., 1991, pp. 135-136.

18. C.Q., C. de la J., St-François, 450-41-000083-90, 6 mai 1991.

qui n'ont jamais eu lieu!¹⁹

C- Profils, symptômes et comportements du tiers dénonciateur

Dans ce domaine de l'allégation d'abus sexuels, il importe au plus haut point d'obtenir une information précise et détaillée sur le moment où les événements qui ont conduit le tiers dénonciateur, parent, beau-parent, enseignant, à soupçonner l'existence d'un abus sexuel. L'objectif consiste à établir si les soupçons ou les affirmations du tiers dénonciateur sont la conséquence d'événements psychologiques internes, de contamination primaire ou secondaire, ou le fait d'événements réels. Bien qu'il n'existe pas de profil typique du tiers dénonciateur qui d'une façon erronée allègue l'abus sexuel, certains indices peuvent néanmoins orienter l'évaluateur dans cette direction.

Un parent anxieux, inquiet, histrionique, peut interpréter un comportement ou une remarque bien innocente d'un enfant et, sans mauvaise intention, suggérer à l'enfant d'endosser son interprétation. D'autres fois un parent particulièrement perturbé, souvent paranoïde, en arrive à convaincre un jeune enfant de partager une vision tronquée du monde, une «folie à deux», où l'enfant abandonne tout sens critique et se range du côté du parent qui de façon persistante affirme qu'il y a eu abus sexuel. Dans un cas, la mère expliquait qu'elle avait dû mettre huit mois d'efforts constants avant que son fils de 6 ans n'admette les abus: «J'ai eu beaucoup de misère à le faire parler», expliquait-elle en entrevue. Les activités sexuelles de son mari et de son fils avaient toujours eu lieu la nuit, ajoutait-elle, quand le système de ventilation, trop bruyant pour qu'elle entende les autres bruits de la maison, se mettait en marche. Malgré une surveillance étroite, jamais elle n'avait pu les surprendre. L'enfant lui-même, en entrevue avec sa soeur de 5 ans, ne démontrait comme seul intérêt que celui de raconter ce qu'il alléguait s'être produit avec son père, dans les mêmes mots et mêmes phrases que celles utilisées par sa mère, «pour gagner notre cause», expliquait-il. Plus tard, la jeune soeur de cet enfant se mit à discourir sur de mauvais traitements qu'elle subissait à son tour aux mains de son père: nous étions alors en présence d'une «folie à trois». Une année plus tard, une fois la garde légale des enfants confiée au père, le premier enfant expliquait ses dires antérieurs d'abus sexuels par le fait qu'il avait voulu faire plaisir à sa mère. Il n'osait pas cependant révéler à celle-ci qu'il ne s'était rien passé avec son père car jamais elle n'allait le croire, disait-il. À 9 ans, alors que cet enfant et sa mère avaient repris des contacts soutenus dans le cadre de droits de visite, à l'instigation même du père, il y eut un nouveau rebondissement: l'enfant écrit cette fois une lettre au directeur de Protection de la jeunesse alléguant à nouveau avoir été abusé sexuellement en bas âge par son père. Le signalement de l'enfant

19. *Ibid.* 14, p. 158.

ayant été retenu par la directeur de la Protection de la jeunesse, il s'ensuivit un procès de vingt-cinq jours au terme duquel les allégations d'abus furent rejetées par le tribunal²⁰. Dans cette affaire, le juge a également conclu que la mère avait aliéné son enfant et, à cause de cette attitude de la mère, il a déclaré que la sécurité et le développement de cet enfant étaient maintenant compromis²¹. Jusqu'à présent, les mécanismes mis en place par la Cour et la Direction de la protection de la jeunesse n'ont pas permis à cet enfant et à son père de reprendre leur relation.

Dans une autre cause récente²², dans laquelle le père d'un enfant alléguait que son ex-épouse avait abusé sexuellement de leur enfant âgé de 6 ans, le juge mentionnait toute l'importance de recueillir les faits d'une façon précise et détaillée, sans préjuger des faits. Il reprochait plus particulièrement au directeur de la Protection de la jeunesse d'avoir fait «rapidement alliance» avec le père et sa conjointe. «Avant même de rencontrer la mère et son conjoint, les agresseurs présumés, jugement était rendu», écrit-il. Dans son jugement, il souligne que le directeur de la Protection de la jeunesse aurait dû se rendre compte que les allégations d'abus sexuels étaient «au coeur d'une querelle de changement de garde d'enfant» et que le père et sa conjointe avaient menti *sur le moment* où l'enfant s'était confié à eux. L'enfant, ajoutait-il, avait été la victime bien involontaire de *lavage de cerveau*.

«Le Tribunal ne s'est pas retrouvé en présence d'une simple maladresse d'adultes démunis face aux verbalisations d'un enfant. Leur manque de jugement répétitif, leurs initiatives déplorables démontrent des signes d'adultes dont la compétence parentale peut être sérieusement questionnée... Comment des personnes aussi prudes ont-elles pu en arriver à imposer à l'enfant de telles séances de torture en exigeant qu'il mime et reproduise les gestes abusifs devant les membres de la parenté? Comment des personnes aussi bien intentionnées ont-elles pu s'acharner sur l'enfant pour qu'il acte devant la caméra les abus présumés? (...) L'enquête judiciaire en elle-même a alimenté un contexte de guerre à finir de la part du père à l'égard de la mère et une animosité qui a franchi largement les limites prévisibles du contexte adversaire.»²³

L'empressement d'un ex-conjoint à tout mettre en oeuvre immédiatement

20. *Protection de la jeunesse*, C.Q. C. de la J., Drummondville, 405-41-000027-891, le 3 décembre 1992.

21. *Protection de la jeunesse*, C.Q., C. de la J., Drummondville, 405-41-000027-891, le 15 avril 1993.

22. *Protection de la jeunesse*, C. Q., C. de la J., Mégantic, 480-41-000003-92, , 27 octobre 1992.

23. *Ibid.* 22.

et publiquement, sans questionner des faits et sans s'entretenir avec l'ex-conjoint, peut se révéler un indice de la fausseté des allégations. Il arrive trop souvent, dans les mois qui suivent une séparation ou un divorce, qu'un parent désapprouve les fréquentations de l'ex-conjoint et juge que l'enfant se trouve dorénavant exposé à des scènes ou comportements sexuellement suggestifs, inadéquats, indécents, ou pervers.

Parmi les tiers dénonciateurs qui dénoncent à tort un abus sexuel, nous retrouvons des adultes qui, par toutes sortes de manoeuvres, essaient de distancer l'enfant de leur ex-conjoint. Ces manoeuvres peuvent conduire l'enfant à une aliénation totale vis-à-vis un parent qui, jusque-là, entretenait des liens étroits avec l'enfant. Des accusations d'abus sexuels marquent le point culminant d'un tel processus. Initialement, le parent qui a la garde de l'enfant laisse voir toutes sortes d'inquiétudes en ce qui a trait aux sorties et aux fréquentations de l'enfant lorsqu'il se trouve avec l'ex-conjoint. Ce parent cesse graduellement d'informer l'ex-conjoint des rendez-vous de l'enfant chez le médecin, par exemple, ou encore des résultats scolaires, des événements sportifs ou sociaux auxquels participe l'enfant. Si l'ex-conjoint insiste pour savoir, il est accusé de harcèlement. Dans ce contexte, un allégué sexuel conduit généralement à l'interruption des droits d'accès, interruption qui durera plusieurs mois, voire plus d'une année. Et, s'il y a reprise des visites, elles n'auront plus lieu que dans un contexte restreint, celui des visites supervisées. À l'inverse, lorsque l'enfant a vraiment été agressé, il est rare que les parents aient recours à des manoeuvres d'exclusions aussi systématiques et extrêmes.

En somme, quand le tiers dénonciateur est partie à un conflit sur la garde ou les droits de visite, le champs de l'évaluation devient un véritable champs de mines. Nous voyons des enfants *qui, complètement endoctrinés, répudient complètement le moindre attachement à un parent avec qui, jusque là, ils entretenaient des liens d'affections considérables*²⁴. Cette haine de l'enfant s'élargit souvent à toute la famille du parent répudié. L'enfant clame qu'il ne voudra plus voir ce parent, père ou mère, tant et aussi longtemps qu'il vivra, tant et aussi longtemps que ce parent n'aura pas été condamné ou traité²⁵. Certains parents vont jusqu'à fournir des bandes vidéo pour témoigner de la spontanéité des propos de l'enfant!²⁶ Ce sont les enfants de 3 à 5 ans qui sont le plus susceptibles d'être endoctrinés dans un discours suggestif d'abus sexuels. À deux ans, l'enfant arrive mal à retenir l'histoire convenablement et lorsqu'interrogé, la substance n'y est pas. Après 5 ans, l'endoctrinement d'un enfant est plus risqué pour un parent car déjà, à cet âge, l'enfant est moins

24. *Ibid.* 14, pp. 159-161.

25. *Ibid.* 21.

26. *Ibid.* 22.

suggestible, et il pourra simplement affirmer dans une entrevue, conduite selon les règles de l'art, qu'il ne s'est rien passé. Mais il y a encore danger qu'un expert peu expérimenté conclue que ces «nouvelles» affirmations de l'enfant, à l'effet qu'il n'a pas été abusé sexuellement, sont simplement le reflet de sa timidité et de sa peur²⁷.

À l'inverse, lorsque l'enfant a vraiment été abusé, on ne retrouve pas généralement de scénarios d'endoctrinement ou d'histoires où l'enfant est tenu en otage par un parent en colère, vindicatif, déterminé à se venger de son ex-conjoint²⁸. Les proches de l'enfant et les professionnels n'ont pas eu besoin de questionner beaucoup l'enfant ou de le préparer à dire la vérité. Ils n'ont pas eu besoin d'exagérer les moindres indices, de les décrire en détails et avec beaucoup d'émotivité à tous ceux qui voulaient les entendre.

Quand il y a véritablement abus, le tiers dénonciateur n'y va pas de gaîté de coeur à cause des conséquences de la dénonciation sur chacun et de l'atteinte à la bonne réputation de la famille. Dans les cas de fausses allégations, la rage du parent dénonciateur est telle que ce parent ne voit pas les conséquences de son agir sur sa propre personne ni sur celle de l'enfant. Un tel parent pourra ne reculer devant rien pour établir «la vérité», cette vérité que l'enfant a été abusé, cherchant sans relâche des professionnels qui confirmeront leurs dires et perceptions. Alors que *les parents d'enfants vraiment abusés ont plutôt tendance à taire la nouvelle et être inhibés*, les parents qui fabriquent des affirmations d'abus sexuels sont des gens plus généralement portés à l'exagération et à s'exprimer d'une façon dramatique et théâtrale.

D'autres tiers dénonciateurs sont franchement paranoïdes²⁹. À cause de la séparation et des conflits subséquents, particulièrement sur la garde et les droits de visite, les parents montrent des signes accrus de méfiance et en viennent à croire qu'il existe un complot qui, de quelque façon, explique les comportements de l'enfant ou de l'ex-conjoint. L'imprécision des accusations peut permettre de déceler l'existence d'un mécanisme paranoïde dans l'élaboration parentale d'abus sexuel. En entrevue, les réponses du tiers dénonciateur resteront vagues, floues, et seront accompagnées de détails inutiles ne permettant en rien de préciser les événements. Comme dans toutes les

27. R. SUMMIT, «The Child Sexual Abuse Accommodation Syndrome», *Child Abuse and Neglect*, Vol. 7, 177-192, 1983.

28. S. S. CLAVAR and B. RIVLIN, *Children Held Hostage: Dealing with Programmed and Brainwashed Children*, American Bar Association, 1991.

29. G.J. REMINGTON and H. ROSENBLAT, «Spousal Allegations of Incest During Transient Psychotic Episodes», *British Journal of Psychiatry* (1991), 159:287-288. R. A. GARDNER, *The Parental Alienation Syndrome*, Creative Therapeutics, 1992, pp. 210-211. D. H. SCHETKY and A. H. GREEN, *Child Sexual Abuse*, Brunner/Mazel, 1988, p. 118.

pathologies paranoïdes, les idées fausses du parent ne pourront pas être corrigées par le raisonnement ou la confrontation avec la réalité³⁰. La décision du tribunal déclarant qu'il n'y a pas eu d'abus sexuel ne soulagera pas ce parent; la décision légale qu'il n'y a pas d'abus démontre tout simplement jusqu'à quel point le complot ou la machination s'élargit maintenant aux avocats et au système judiciaire. À l'inverse, les parents d'enfants véritablement abusés ne sont pas particulièrement des gens paranoïdes.

Le tiers dénonciateur qui a pris soin de tout noter les dires de l'enfant, en présence de l'enfant et jour après jour, est particulièrement suspect. Il est généralement une personne obsédée. Les parents d'enfants véritablement abusés sont rarement obsédés par la prise de notes; *ils ont confiance que le moment venu l'enfant produira les faits pertinents*. De toute façon, cette manière de faire d'un parent risque de le discréditer aux yeux de la Cour et de rendre non crédibles les témoignages de l'enfant.

Les tiers dénonciateurs qui font erreur sont généralement des personnes prêtes à accepter les histoires les plus invraisemblables. Ils sélectionnent l'information, ils décrivent les situations normales comme étant pathologiques, et ils interprètent les événements de sorte à donner plus de consistance aux accusations d'abus sexuels. Ils peuvent être des gens tout simplement naïfs, prêts à croire ce qu'on leur propose, ou des gens suggestibles, dépendants, tout fin prêts à s'en remettre à l'autorité sans exercer de jugement critique.

Dans un jugement récent de la Cour supérieure³¹, un père, tiers dénonciateur, et sa fille de 11 ans, alléguaient tous deux que la mère avait non seulement agressé sexuellement son enfant mais l'avait introduite à des rites sataniques accompagnés de meurtres d'enfants. Dans ce jugement, où le juge concluait à l'absence d'abus sexuel, il soulignait que la mère et l'enfant étaient devenues aliénées à cause des agissements du père au cours des quatre dernières années. Il exprimait finalement l'avis que l'aliénation de l'enfant constituait pour celle-ci un grave «danger psychologique» pour son développement futur. Et en conséquence, il ordonnait que l'enfant soit retournée à sa mère immédiatement, sous réserve du droit du père de faire appel dans les 48 heures.

Dans cette affaire, un an avant de s'enfuir des États-Unis avec sa fille, le père avait tenté d'obtenir la confirmation des abus sexuels en faisant valoir auprès des psychiatres de l'hôpital de John Hopkins que l'enfant, alors âgée de 6 ans, présentait un profil d'enfant abusé sexuellement (somatisations, dysphorie, préoccupations sexuelles exagérées, craintes et agitation), à la suite d'abus

30. *Ibid.* 20.

31. *Droit de la famille-1763*, R.D.F. (1993), 111 à 122, C.S.

sexuels supposément commis par la mère dix mois plus tôt. Deux semaines plus tard, lorsque le père réalisa que les observations des médecins n'allaient pas coïncider avec ses prétentions, il quitta l'hôpital avec son enfant. En février 1990, alors que les tribunaux américains ne parvenaient pas à se convaincre des allégués du père et s'apprêtaient à remettre l'enfant à sa mère, le père décidait de se réfugier au Canada avec son enfant.

Au cours du long procès intenté par la mère au Canada pour récupérer son enfant, qui dura en première instance 14 jours repartis sur un an et demie, le père alléguait que l'enfant était maintenant bien intégrée à son nouveau milieu québécois et que de ce fait, selon les termes de la Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants³², l'enfant devait continuer de vivre avec lui. En fait, sitôt arrivé au Canada, le père avait remis certains documents aux autorités scolaires laissant croire que l'enfant avait été victime d'abus sexuels par la mère; avant même que la mère ne retrace l'enfant, les autorités scolaires avaient déjà mis en place un système élaboré de surveillance pour prévenir qu'elle n'enlève l'enfant ou entre en contact avec elle. Au juge lui-même, l'enfant exprima clairement son refus de retourner avec sa mère, affirmant même craindre pour sa vie si elle devait retourner vivre avec elle. Le juge se montra particulièrement impressionné par l'insistance du père à ne pas corriger les perceptions de l'enfant lorsqu'elle affirmait, par exemple, qu'elle avait vu sa mère, véritable sorcière, se promener sur un balai dans le ciel, ou encore lorsqu'elle affirmait que sa mère avait tué cinq personnes. Le juge put entendre trois témoins experts expliquer comment l'enfant, malgré une bonne adaptation apparente dans sa vie de tous les jours, se trouvait maintenant emprisonnée dans un monde irréel, cruel, et susceptible de créer chez l'enfant des préjudices psychologiques graves et des séquelles permanentes. Le juge interrogea les experts sur les conséquences possibles de l'interruption des liens que l'enfant entretenait depuis trois ans avec son père et son entourage immédiat. Nul doute qu'une telle interruption pouvait être pénible pour l'enfant, mais à long terme, d'expliquer le juge, l'aliénation de l'affection maternelle, le lavage de cerveau, l'influence néfaste du père (qu'il soit de bonne foi ou non) ou la haine extrême de l'enfant pour sa mère, risquaient d'être encore bien plus dommageables pour la santé mentale de l'enfant. L'appréciation de l'intégration, ajoutait le juge, ne devait pas se limiter à l'adaptation superficielle de l'enfant dans sa vie quotidienne, depuis l'enlèvement, mais devait plutôt tenir compte du processus d'aliénation de l'enfant dans lequel le père s'était engagé, au détriment du meilleur intérêt de l'enfant³³.

32. Art. 20, *Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial*, L.R.Q., c. A-23.01.

33. Ce jugement a été maintenu par la Cour d'appel du Québec. *Droit de la famille-1763*, R.J.Q. (1993), 2076, C.A. L'enfant vit maintenant avec sa mère aux États-Unis et, selon toutes indications, elle a recréé avec sa mère tous les liens qui existaient entre elles avant

Conclusion

L'une des pires choses qui puisse arriver à un enfant est d'être victime d'abus sexuels. L'une des pires choses qui puisse arriver à un adulte est d'être accusé à tort d'un crime aussi grave³⁴.

Durant la vague d'hystérie de 1692, vingt personnes sont mortes, pendues ou torturées, victimes de peurs, de superstitions et d'un processus judiciaire qui a été incapable de les protéger. Les historiens nous rappellent surtout les aspects sociologiques de ces événements, mais il importe de souligner que même les professionnels médecins de l'époque, en toute bonne foi, ont fait part d'observations au sujet de variations normales dans l'anatomie gynécologique des accusées, observations interprétées alors comme preuves des relations sexuelles entretenues par elles avec le Démon³⁵. À l'heure actuelle, dans l'évaluation physique des allégations d'abus sexuel, pédiatres et gynécologues ont pu faire au moins deux constats importants: le premier, que des enfants, particulièrement avant la puberté, peuvent avoir des examens normaux, même lorsqu'ils ont été victimes d'abus répétés et chroniques³⁶ et le second, que le plus souvent l'examen physique ne permet ni d'infirmer ni de confirmer qu'il y a eu abus sexuel³⁷.

Le domaine de l'évaluation des allégations d'abus sexuels chez l'enfant, encore nouveau, occupe l'avant-scène de plusieurs champs professionnels. Peu à peu les standards de l'évaluation prennent forme³⁸. Même si la recherche de profils pré-déterminés cliniques, psychologiques, physiques, chez l'enfant et

l'enlèvement.

34. *Ibid.* 16.

35. *The Medical Post*, le 22 septembre 1992, p. 9.

36. M.A. REINHART, «Medical Evaluation of Young Sexual Abuse Victims: a view entering the 1990s», (1991), Vol. 31, No. 1, pp. 81-86; G. FORTIN, *L'Actualité Médicale*, 17 mars 1993, p. 8.

37. A. GREEN and D. SCHETKY, «The Medical Evaluation of Child Sexual Abuse» dans *Child Sexual Abuse: A Handbook for Health Care and Legal Professionals*, Eds. D. Schetky and A. Green, New York: Brunner/Mazel Inc. (1988), p. 97. J. ADAMS, «Evidence of sexual abuse often missing on physical», in *The Medical Post*, December 7, 1993, p. 28.

38. K. QUINN, «Memory in children: New concepts», *American Academy of Psychiatry and the Law (Newsletter)*, Vol. 18, No. 1, April 1993, pp. 14-15. C. BROOKS, M. MILCHMAN, «Custody litigation: conflicts between mental health expert witnesses and the Law», *Beh. Sci and the Law*, Vol. 9, pp. 21-32 (1991). *Guidelines for the clinical evaluation of child and adolescent sexual abuse, Committee on rights and legal matters*, American Academy of Child and Adolescent Psychiatry, June 10, 1988. K. QUINN, «Children and deception», in *Clinical Assessment of Malingering and Deception*, Ed. R. Rogers, Metropolitan Toronto Forensic Service, Clarke Institute of Psychiatry, The Guilford Press, New York/London, 1988, pp. 104-119. J. CONTE, E. SORENSON, et AL., «Evaluating children's reports of sexual abuse: Results from a survey of professionals», *Amer. J. Orthopsychiatry* 61(3), July 1991, pp. 428-437.

l'agresseur présumé, a conduit à une impasse et s'est révélée un mode d'évaluation peu fiable³⁹ pour déterminer la présence ou l'absence d'abus sexuel, il n'en demeure pas moins que l'ensemble des travaux a conduit les experts et les tribunaux à raffiner leurs observations et ultimement à mieux protéger l'enfant et sa famille. La réalité dans le domaine de l'allégation d'abus sexuel se révèle vraiment plus complexe qu'on ne l'avait cru initialement. Les témoins experts en particulier, fort heureusement, ont appris que pour être utiles et nécessaires⁴⁰, ils devaient réviser leur savoir⁴¹ et leurs techniques d'évaluation au sujet des allégués d'abus sexuels, qu'ils soient vrais ou faux.

Les tribunaux du Québec ont certainement contribué d'une façon importante à une prise de conscience réfléchie et prudente à l'égard des allégations d'abus sexuels. Les juges n'hésitent plus à juger sévèrement les parents qui, en cours de conflit avec leur ex-conjoint, gardent les enfants en otage en alléguant des abus sexuels qui n'ont pas eu lieu. La Cour reconnaît de plus en plus qu'une telle «hystérie» chez un parent compromet la sécurité de l'enfant. Lorsqu'il y a lieu, la Cour ordonne maintenant - comme il se doit, eu égard à son meilleur intérêt⁴² - un changement de garde pour permettre à l'enfant de poursuivre sa croissance et son développement dans un environnement plus sain et harmonieux⁴³.

39. I. SAGATUN, «Expert witness in child abuse cases», *Behavioral Sciences and the Law*, Vol. 9, 201-215 (1991).

40. *Protection de la jeunesse*-539, (1992), R.J.Q. 1144-1151.

41. J. R. CONTE, «Has This Child Been Sexually Abused? Dilemmas for the Mental Health professionals Who Seek the Answer», *Criminal Justice and Behavior*, Vol. 19, No. 1, pp. 54-73, March 1992.

42. E. BENEDEK and D. SCHETKY, «Allegations of sexual abuse in child custody and visitation disputes», in *Emerging Issues in Child Psychiatry and the Law*, Eds. D. Schetky et E. Benedek, New York: Brunner/Mazel, 1985, p. 154. R. GARDNER, «The role of lawyers and judges in dealing with parental alienation syndrome families», in *The Parental Alienation Syndrome: A Guide for Mental Health and Legal Professionals*, Creative Therapeutics, Cresskill, New Jersey, 1992, pp. 261-277. S. CLAVAR and B. RIVLIN, «Deprogramming factors: Dealing with programmed and brainwashed children», dans *Children Held Hostage*, American Bar Association (Section of Family Law), pp. 131-154, 1991.

43. A.F. GOLDWATER, «Le syndrome d'aliénation parentale», dans *Développements récents en droit familial*, (1991) Ed. Yvon Blais Inc. p. 121-145.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LA CONSPIRATION FAMILIALE POUR ENTRAVER L'ÉVALUATION DE L'ABUS SEXUEL

Auteur(s) : Louisiane GAUTHIER

Revue : RDUS, 1992-1993, volume 23, numéro 2

Pages : 437-450

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13402>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13402>

Page vide laissée intentionnellement.

LA CONSPIRATION FAMILIALE POUR ENTRAVER L'ÉVALUATION DE L'ABUS SEXUEL

par Louisiane GAUTHIER*

La conspiration familiale dans une situation d'abus sexuel est une manoeuvre défensive complexe dont les visées vont au-delà de l'évitement de la sanction. Elle est une résistance sur des registres divers à toute séparation. La différenciation individuelle ou personnelle suppose une distance qui, dans ces familles est perçue comme intolérable. Le dévoilement dès lors est un moment opportun pour soutenir la nécessité d'une distanciation salutaire visant à rétablir la frontière intergénérationnelle. L'auteur invite à la réflexion sur l'intervention socio-juridique à partir de cette perspective.

The family conspiracy in situations of sexual abuse is a complex defensive manoeuvre which goes beyond mere avoidance of any punishment for one one of its members. Indeed, to a greater or lesser degree, it constitutes a form of resistance to any form of separation. In such families, any distancing which occurs as a result of personal or individual differentiation is considered intolerable. The unveiling of this conspiracy thus provides an opportunity for the therapist to emphasize the necessity of a salutary separation, undertaken with the goal of restoring intergenerational frontiers. The writer feels that this point of view should be considered in any intervention of a sociojuridical nature.

*, Psychologue à la direction de la Protection de la jeunesse de Montréal.

SOMMAIRE

Introduction	439
A. Les multiples visages de la conspiration	440
1. La conservation du caractère privé de la conspiration	440
2. La conspiration, pensée interprétative	441
3. La conspiration, fruit de l'incapacité de se séparer	442
a) Le manque de soins affectifs perçu comme complicité	444
b) La peur à l'origine du silence	444
c) Le refus de la séparation et les divers registres de l'abus sexuel	445
B. La conspiration comme défense	447
1. La défense de survie psychique	447
2. La conspiration, défense de l'intégrité familiale	448
C. L'évolution sociale du phénomène des abus sexuels	450
Conclusion	452

Introduction

Dès l'évocation de la possibilité d'un abus sexuel, l'idée de secret vient à l'esprit. Selon la position que l'on occupe, le secret est à percer ou le secret est trahi. Le secret est au coeur de la notion d'intimité, celle-là même qui signe la capacité de préserver ses frontières, contenir ses pensées, bref préserver un noyau de soi et établir les limites de la différenciation d'une personne par rapport aux autres.

L'abus sexuel est précisément le non-secret, c'est un secret dérouté dont la famille veut masquer la déroute par le silence. Le mystère du secret sexuel se protège dès lors sous le voile plus ou moins opaque du silence. Ce silence, doit-on le percer par le scalpel de la chirurgie ou par le goutte à goutte de l'homéopathie?

Voilà bien le noeud de la question. Voilà le noeud sur lequel tout clinicien achoppe à un moment ou l'autre de son parcours. La chirurgie renvoie à l'extraction, l'homéopathie à la dissolution, quel serait donc l'antidote à la conspiration? D'abord qu'appelons-nous conspiration? Au sens général, la conspiration est une entente entre personnes dirigées contre d'autres. Y a-t-il conspiration pour entraver l'évaluation de l'abus sexuel? Quels sont les membres de la famille qui s'entendent? Contre qui s'entendent-ils et pour quelles raisons le font-ils?

Répondre à ces questions exige que l'on dépasse les idées reçues et les préjugés, que l'on prenne en compte le poids des mots et des réalités qu'ils reflètent, que l'on creuse les enjeux psychiques des dévoilements d'abus sexuels pour les personnes mises en cause afin de percevoir le phénomène dans sa complexité, raffiner la compréhension de ces situations et agir sur elles dans une perspective de croissance pour tous les acteurs du drame. La complexité des interventions, les alliances et les combats plus ou moins conscients font de chaque situation une situation d'espèce à jauger en fonction des divers acteurs en équilibre instable et fluctuant. Ce sont des situations volatiles qui placent les intervenants dans une multiplicité de rôles à jouer sur des registres divers. Tout l'art est de trouver le moment opportun à tel rôle, le bon registre, en partant des personnes et de leurs déficits. La réponse n'est jamais trouvée une fois pour toutes et la décision prise porte toujours son lot d'incertitudes. Il n'y a pas encore de formule miracle, ni de recette applicable à tous qui nous fasse faire l'économie d'un jugement clinique laborieux dont l'enjeu est ce que nous estimons être le meilleur intérêt d'un enfant.

Nous proposons d'offrir les méandres d'une réflexion inachevée - peut-être inachevable - en espérant qu'elle soit malgré tout féconde. Nous illustrerons la conspiration par des vignettes cliniques commentées et tenterons de

comprendre le sens des diverses conspirations dans l'économie psychique qui régit ces familles.

A. Les multiples visages de la conspiration¹

1. La conservation du caractère privé de la conspiration

Une dame nous demande une évaluation psychologique de sa fille de 4 ans dont les verbalisations suggèrent un abus sexuel de la part de son conjoint. Elle veut vérifier la crédibilité de son enfant et les séquelles de ce possible traumatisme.

Elle est en ménage avec cet homme depuis un an. Elle avait conclu à la malveillance de la première femme de celui-ci, lorsque cette dernière avait allégué un abus sexuel sur sa propre fille, au moment de leur séparation. Pour notre interlocutrice, l'incrédulité d'alors est maintenant entrée dans le registre de la plausibilité. La rupture est décidée, elle est en train de boucler ses valises. Elle a consulté sa mère, une amie avocate, une amie éducatrice et ces dames concluent à la pertinence d'une consultation privée en psychologie. Surtout pas par la direction de la protection de la jeunesse! avec leurs histoires de police et de Cour, nous dira-t-elle. Ses amies lui en ont raconté les excès. Elle ne sait pas que nous travaillons pour la protection de la jeunesse. Nous le lui apprenons et nous la référons à un autre psychologue. *Cette femme, qui veut se soustraire à l'intervention de la direction de la protection de la jeunesse, est-elle dans la conspiration pour entraver l'évaluation de l'abus? Sommes-nous devenus partie de la conspiration?*

2. La conspiration, pensée interprétative

Dans une autre affaire, une dame nous demande une évaluation psychologique de son fils de 6 ans, à la suggestion de son avocate. Cet enfant serait sous la protection de la jeunesse, en raison d'abus sexuels commis par son père alors qu'il avait 4 ans. Il s'agit pour cette dame, d'obliger la supervision des droits d'accès de son mari par *un professionnel de la direction de la protection de la jeunesse* parce que selon elle, le directeur de la protection de la jeunesse veut fermer le dossier et comme le juge de la Cour supérieure, qui a ordonné la présence d'une tierce personne, n'a pas spécifié par qui, elle est dans la crainte que les «superviseurs» soient les membres de sa belle-famille. Sa crainte est dirigée contre le grand-père qui aurait aussi, nous dit-elle, abusé de l'enfant en

1. Des modifications ont été apportées à la description des cas afin de préserver la confidentialité des personnes qui nous ont fait confiance en nous consultant. Ces modifications n'altèrent pas les propos que ces cas illustrent.

présence de l'oncle de ce dernier. En fait, pour tout nous dire, elle nous informe que toute la fratrie du père est aussi impliquée dans l'abus, et qui plus est, il y aurait eu collusion avec le premier pédiatre qui a examiné l'enfant et n'a rien trouvé d'anormal. À l'appui de son affirmation, elle nous signale l'homosexualité possible de ce dernier. Un deuxième examen de l'enfant, 15 jours plus tard, par un autre pédiatre, aurait révélé une fissure anale et des pétéchies dans la bouche. La mère a maintenant quitté la région pour forcer le directeur de la protection de la jeunesse à transférer le dossier mais celui-ci refuse de le transférer comme «s'il l'avait acheté» dira-t-elle. Elle nous apprend aussi que son fils a déjà subi deux évaluations psychologiques. Elle s'interroge, malgré tout, sur la pertinence d'une troisième, d'autant plus que le jeune garçon refuse et qu'il est déjà assez troublé par le père qui a essayé furtivement de l'enlever alors qu'il le visitait, obligeant ainsi la mère à faire intervenir les policiers. Il y aurait 9 plaintes de harcèlement contre cet homme faites par elle. Elle se demande où elle peut avoir justice et protection si la direction de la protection de la jeunesse ferme ou retient son dossier.

Nous ne savons pas si l'enfant a été réellement victime d'abus sexuel, mais nous savons que cette mère a aussi un scénario délirant qui peut nous entraîner dans sa logique folle et nous le faire cautionner. Dans pareilles circonstances, les enfants sur qui nous pourrions nous reposer ne nous seront d'aucun secours. Sous l'emprise de la folie de leur parent gardien, ils ne peuvent que répondre à ses injonctions inconscientes. C'est un enjeu vital pour eux parce qu'ils sentent qu'il est vital pour leur parent. Voilà une possibilité de conspiration familiale fondée sur des ententes inconscientes et dirigée contre le personnage qui pourrait en rompre l'équilibre.

En fait, la conspiration, qu'elle soit le fait de la contamination d'une mère (ou d'un père) possiblement victime d'abus sexuel durant l'enfance, et qui de ce fait ne peut voir un adulte en relation avec un enfant sans projeter sa propre histoire, ou que cette conspiration à voiler un abus réel soit le fait du déni par le parent - parfois d'ailleurs de son propre abus - la conspiration répond quasi toujours à des motivations inconscientes. Que le masque se révèle sous la forme de verbiages échevelés et de liens forcés ou qu'il se dérobe dans un discours troué souvent sommaire et approximatif, il protège toujours ce qui est ressenti comme une nécessité de survie psychique. Bien sûr, l'évitement du traitement judiciaire, une accusation au criminel et la possibilité d'un emprisonnement peuvent être des mobiles au crime de la conspiration «intentionnelle». C'est une conspiration instrumentale qui ajoute à la difficulté de l'aveu et oblige la mise en marche d'une preuve dont l'enfant est forcément l'otage. Bien que des efforts considérables aient été consentis au cours des dernières années pour en faciliter l'exercice, la machine comporte néanmoins des embûches dont nous ne pouvons jamais prévoir les effets délétères pour l'enfant comme pour sa famille. Est-ce à dire que nous devrions éliminer ce recours au processus judiciaire pénal? Dans certains cas oui, dans d'autres non. La décision suppose une analyse

rigoureuse de la situation avec une poursuite d'objectifs clairs et une analyse lucide de l'éventail des moyens à prendre pour atteindre ces objectifs de même que l'optimisation des conditions de réussite.

3. La conspiration, fruit de l'incapacité de se séparer

Un homme abuse pendant 3 ans la fille de sa conjointe, l'abus commence alors qu'elle est âgée de 5 ans. De l'union de cet homme avec la mère est aussi né un garçon qui a 4 ans. Cet homme et la mère consomment des drogues, notamment de la cocaïne, vivent d'expédients et de l'assistance sociale. Ils se séparent. La fillette dévoile l'abus à sa mère. L'homme admet. C'est le choc pour la mère qui engage des procédures judiciaires. Elle arrête de consommer et retourne aux études. Durant l'attente de la sentence, la mère renoue avec cet homme, le fréquente. Elle le voit à l'extérieur du foyer, pour préserver sa fille. Elle a pris la mesure de l'acte, elle n'a pas pris la mesure de l'homme. Ce n'est pas qu'elle le refuse sciemment, c'est que leurs deux incapacités de se séparer y trouvent leur compte.

Avec l'accord de la mère, le petit garçon issu de leur union passe régulièrement des fins de semaine chez son père, plus justement chez les parents de celui-ci. Nouvelle rupture entre les parents. L'homme est condamné et durant cet éloignement, le petit garçon verbalise à une gardienne et ultérieurement à un oncle l'existence de jeux sexuels entre son père et lui. La mère est catastrophée.

Le père, la mère et le petit garçon ont été évalués. Le père nie avec véhémence le deuxième abus. Le thérapeute du père a posé brutalement la question de la complicité de la mère. Comment les choses ont-elles pu durer 3 ans avec la fillette? Comment cette mère a-t-elle pu le fréquenter en cachette à l'insu de tous? Comment a-t-elle pu lui confier son fils?

Qui est cette mère? Il s'agit d'une femme d'intelligence vive. Alors qu'elle est âgée de 12 ans, en l'espace d'un an et demi, elle perd sa mère, son père et sa grand-mère. Elle commence à consommer de la drogue. Elle est la seule de sa famille à être placée chez une tante. Elle n'a pas été abusée, mais elle aurait pu l'être. Les deuils non réglés, le sentiment d'abandon et le vide affectif la rendent vulnérable à toute forme d'affection ou à ce qui en a l'apparence.

Dans les situations d'abus où il y a complicité apparente ou réelle, il arrive fréquemment que le parent non-abusif ait été abusé aussi dans l'enfance. Il faut voir là non pas seulement ou forcément une répétition inconsciente programmée de l'acte même par ce parent, mais une des modalités du comblement du vide affectif dans lequel ce parent a évolué. Non seulement ne sont-ils pas lucides quant aux indices d'abus mais, paradoxalement, ils perçoivent souvent les rapprochements tendres comme le don de ce qui leur a

dramatiquement manqué. Et qui plus est, leur propre abus dans ses effets pathogènes crée un voile qui estompe, si besoin en était, la conscience de frontières à peine esquissées.

a) Le manque de soins affectifs perçu comme complicité

Il y a plus de 20 ans, on enseignait que dans la famille incestueuse, il y avait fatalement complicité inconsciente, parfois consciente, de la mère. Il est possible que cela soit le cas dans certaines familles, notamment dans celles dominées par la pathologie de l'un, telles la paranoïa, la psychose ou la perversion; mais il nous apparaît que dans bon nombre de familles c'est davantage une non-conscience créée par la dépression, par les vides intérieurs qui préside à l'apparente complicité. Cette apparente complicité nous est souvent reflétée par le discours de l'enfant qui croit souvent «que la mère sait». Si ces choses se passent lorsque la mère va au bingo, l'enfant finit par croire que la mère va au bingo pour que «ces choses se passent.» À tout le moins, si la mère ne le devine pas, - les enfants croient que leurs mères savent tout - il conclut que la mère est indifférente à son sort. Il croit avoir généralement perçu ou interprété d'autres indices d'indifférence dont l'abus, dès lors, devient la consécration. Quiconque a évalué ces enfants sait bien qu'en dessous de la disqualification du père, il y a souvent une colère formidable dirigée au premier chef contre la mère. Les fondements de cette colère sont souvent antérieurs à l'abus et se sont érigés sur l'impression d'abandon qu'ils ont intégrée à tort ou à raison. L'enfant perçoit souvent l'abuseur et le non-abuseur dans une forme de conspiration inavouable. Cette conspiration est parfois étendue au reste de la famille. Cela explique en partie pourquoi nombre d'enfants, victimes d'abus sexuels pourtant sur une longue période, ne dévoilent pas d'abord à leur mère. Dans le: «J'avais peur qu'elle ne me croie pas», il y a une sourde croyance que «elle le savait et elle le laissait continuer.»

b) La peur à l'origine du silence

L'évaluation du père, dans l'exemple donné ci-dessus, pourrait s'intituler : «Plaidoyer d'un homme traqué pour éviter la prison.» Homme-enfant, lui-même victime d'abus sexuel durant l'enfance, en identification miroir avec son fils, il nie avec véhémence l'abus. À plusieurs occasions, il devient paniqué, il s'empourpre à l'évocation des attaques d'autres détenus dont il aurait été l'objet lors de son séjour en prison. Il frissonne de plus en plus violemment et cet homme est dans un telle frayeur qu'il suscite la pitié. Ce mouvement de pitié se transforme en une pensée pour la fillette victime d'abus sexuel pendant 3 ans et le garçonnet de 4 ans - et cette pensée nous remet dans la frayeur. Cet homme par son faible contrôle et sa très grande fragilité effraie. Si nous sommes happés par ces affects contradictoires, nous qui n'avons pas de lien émotif avec lui, ni de besoin affectif à son endroit, nous savons que les enfants

et la mère, dans un autre registre bien sûr, ont aussi été englués dans ce système inextricable.

C'est aussi dans les racines très enchevêtrées de la peur, de la pitié et du besoin affectif que germent les silences qu'on peut appeler «conspiration». L'effet est d'entraver l'évaluation d'abus sexuel, mais la paralysie de la parole est bien antérieure à l'enquête, c'est aussi un long engourdissement de la pensée.

c) Le refus de la séparation et les divers registres de l'abus sexuel

«*L'inceste est bien l'ultime recours contre toute séparation*», comme le dit Paul-Claude Racamier. Au-delà de l'abus de pouvoir qui est un constat certainement juste, mais applicable à bien d'autres situations (comme les sévices physiques notamment) et à bien d'autres circonstances, l'inceste est le paradigme de l'anti-séparation. Le paroxysme de la fusion est incarné dans l'inceste mère-enfant pour lequel nous n'arrivons pas toujours à avoir les mêmes yeux que lorsqu'il s'agit de l'inceste père-enfant. Le rapprochement sexuel avec le corps de la mère est un cran de plus dans la proximité du retour aux origines mais le sens ultime de l'acte incestueux père-enfant est identique, quelle que soit la pathologie des personnes abusives. L'agir sexuel vient colmater le vide. L'excitation meuble les temps creux de l'abandon et de l'impuissance en créant l'illusion d'aimer et d'être aimé. L'impuissance s'efface dans l'illusion du triomphe: triomphe sur un vide, sur un deuil, triomphe sur la séparation d'avec l'autre, triomphe sur l'autre ou encore à la recherche de Soi dans un moment psychotique.

Lorsqu'on parle d'abus sexuel, on doit faire les distinctions qui s'imposent à l'intérieur de cette catégorie car, sous ce vocable, tout n'est pas forcément équivalent sur la scène psychique. L'inceste et les jeux incestueux, tout comme les abus sexuels par des adultes sans lien de sang sont toujours des intrusions psychiques sinon toujours corporelles, mais ces intrusions ne sont pas métabolisées de la même manière, si nous pouvons dire, dans le cas d'un enfant aux prises avec le mari de sa mère ou encore dans celui d'un enfant victime d'abus sexuel par un adulte en autorité ou encore dans le cas d'un enfant séduit par un inconnu. De même, l'abus par une personne du même sexe pose une double difficulté de différenciation par rapport à l'abus hétérosexuel: outre la non-différenciation de la distance générationnelle, ce genre d'abus signe aussi une non-différenciation sexuelle, une abolition de la différence des sexes. Des études démontrent que ce genre d'abus est beaucoup moins dévoilé: une étude de Russell² en 1983 révèle un rapport de 38% de filles et 28% de garçons. Les statistiques mentionnées dans une étude interne faite à Montréal, ne reflètent pas

2. RUSSELL, D. E. H. (1983), The incidence and prevalence of intrafamilial and extrafamilial sexual abuse of female children, *Child Abuse and Neglect* 7, 133-146.

du tout cette réalité. Pouvons-nous penser que la double transgression impose un double silence? Pouvons-nous alors inférer une conspiration qui serait aussi culturelle?

Outre des gestes explicites manifestement sexuels qui signent l'abus, il y a des climats, des érotisations familiales que certains auteurs comme P.C. Racamier³ appellent l'incestuel et qui sont tout aussi perturbants sans pouvoir se parler ou même se nommer. C'est un venin insidieux brouillant les frontières sans qu'on puisse mettre de contours. La conspiration est diffuse et d'autant plus pernicieuse qu'elle se joue entre les instances personnelles de chacun. Comme par exemple, la situation d'une jeune fille de 14 ans dont le père a séduit les amies dans la chambre voisine de la sienne. Ce père ne s'adressait jamais à elle sans un commentaire dénigrant pour son corps lui rappelant, par son contraire, la fixation de son désir. De même, il y a des parents qui frappent leurs enfants pour évacuer un trop plein d'excitation. Il y a alors un jeu d'érotisation de la violence qui tient lieu d'équivalents incestuels. C'est dans ces situations de climats troubles et d'agirs paravents que la *conspiration familiale est la plus palpable et la moins nommable*. Pour Racamier:

«Ce qui est vrai pour l'inceste consommé ne l'est pas moins, et l'est peut-être encore pour ses suites et ses équivalents: l'ombre portée par l'inceste s'étend sur des familles entières, et elle traverse les générations. Un phénomène très particulier se produit alors, on constate que chacune et chacun connaît ou pressent un fragment de la vérité; mais ce fragment, on n'en parle pas, et surtout il est et reste isolé, vraiment fragmentaire: pas question de le dire et pas question d'y penser: pas question, surtout de le relier à d'autres fragments: pas question donc de reconstituer le puzzle de la vérité et de la regarder en face.»⁴

B. La conspiration comme défense

1. La défense de survie psychique

La conspiration sous-entend la notion de non-dit. En matière d'abus sexuel où il y a transgression de tabou sur ce qui n'aurait pas dû être connu (au sens biblique) de la sexualité adulte, il y a une double injonction à ne pas dire: *celui de ne pas révéler ce qui n'aurait pas dû être su, ou, plus justement, ce qui n'aurait pas dû être éprouvé*. «Le non-dit touche autant l'interdit de dire que le

3. RACAMIER, P.C., *Autour de l'inceste*, p. 49, in Gruppo 7, Apsygée, Paris, 1991.

4. *Id.*

message caché» dit Jean Lemaire⁵. Paradoxalement, cette injonction au secret ne répond pas seulement au désir de l'abuseur d'assurer la continuité des jeux sexuels et par là-même assurer la non-séparation et la continuité corporelle qui nie la différenciation, mais elle est reprise par la famille pour recouvrir la honte et le déshonneur - au sens le plus noble du terme - ce déshonneur qui, non seulement retombe sur l'abuseur mais aussi sur sa lignée. Selon Jean Lemaire:

«l'intention (familiale) est une intention de protéger, d'épargner, de restaurer. C'est une intention, dit-il, qui a un caractère positif qu'il faut savoir mettre au crédit de la famille, même si l'application est défectueuse: n'en voir que l'aspect négatif, l'effet pathogène, la nature mensongère, la transgression de la vérité, l'inadaptation, c'est obliger la famille à se justifier pour se disculper. C'est empêcher de remettre en question sa tentative: c'est enfermer la famille dans le cercle de plus en plus étroit de son non-dit et de sa culpabilité; avec comme conséquence, la fuite de plus en plus systématique de toute approche thérapeutique.»⁶

Or, comment concilier la nécessité d'évaluer l'abus sexuel pour arrêter l'agir, pour rétablir une distance déjà franchie sans tout mettre à nu et sans battre davantage le sentier de l'intrusion? Comment faire barrière sans défiler à notre tour dans ce sentier? À chaque cas, il y a cette réponse à trouver. À chaque cas, il y a le vertige de jauger le moindre mal entre nommer, mettre en évidence l'acte abusif dans les divers forums, et sauvegarder ce qu'il peut y avoir de vivifiant sinon de vital dans la scène interne d'un enfant pour l'immédiat et pour l'avenir.

2. La conspiration, défense de l'intégrité familiale

La conspiration est certes une dérobade qui peut avoir une visée d'évitement de châtement, mais c'est aussi une visée défensive plus ou moins consciente de la part des autres membres de la famille à des fins de sauvegarde de leur intégrité psychique et de leur appartenance à leur noyau familial. Par leur silence ou leur aveuglement, les membres de la fratrie font taire leur colère, leur envie, bref tous leurs ressentiments adressés autant à la victime, au parent non-abusif qu'à l'auteur de l'agression.

Le couple parental, lui, défend son intégrité, son sceau identitaire: ce statut de fondateurs d'une famille qui est parfois le seul statut par lequel ils ont l'impression d'être valables, *le* statut qui les inscrit dans leur société. Ce manquement à la structure de filiation non seulement les prive de ce statut, mais

5. LEMAIRE, J., *Entretien familial et conflits sexuels des parents*, p. 27, in Gruppo 7, Apsygée, Paris, 1991.

6. *Id.*

sa révélation ouvre souvent la porte de la chambre conjugale et étale au grand jour l'intimité parentale dont l'accès doit rester interdit aux enfants. Je parle ici de la sexualité des parents entre eux. Tous les non-dits ne sont pas équivalents. Ce non-dit de l'intimité parentale est à la fois nécessaire et structurant, dit Jean Lemaire⁷. Il ajoute:

«Chaque parent représente pour chaque enfant une ancienne partie de soi-même, dont chacun apprend sa vie durant à se séparer sans se détruire. La séparation est ainsi marquée, spécifiée d'un sceau en même temps que d'un interdit. Ce non-dit-là est à la fois nécessaire et structurant. Il doit être confirmé par différents signifiants, formels, factuels, rituels qui doivent être clairs. Chacun du plus petit au plus grand dans le groupe familial a besoin que la différence de génération, la marque qui distingue enfant et parent, soit perceptible et que l'intimité parentale soit non seulement préservée, mais indiquée. Les relations familiales fonctionnelles exigent qu'il soit clair qu'il n'est pas question d'aborder cette forme d'intimité parentale secrète, celle qui marque la filiation».

André Ruffiot⁸ dit autrement:

«- ce qui est permis aux parents est interdit aux enfants, - ce que font ensemble les parents est de l'ordre du secret. À l'enfant de chercher, de deviner, de créer».

Voilà une conspiration nécessaire.

Mais que faire dans une famille où le parent a fait défaut à la nécessité de l'interdit incestueux et a en plus enfermé l'enfant dans un secret silence? Que faire quand un parent a posé un acte qui est l'abolition même de ce qui devait rester secret et qui plus est, quand ce parent disqualifie le dévoilement de son enfant, doublant la trahison? Comment faire une brèche dans le mur sans dévaster la maison quand elle est protégée par la forteresse du silence? Il n'y a pas de réponse simple et il n'y pas de réponse unique. La réponse est fonction des dynamiques individuelles des personnes mises en cause et fonction de la dynamique familiale. Si on fait le choix de la dissolution lente de l'homéopathie, pour reprendre la métaphore, ne courons-nous pas le risque d'être nous aussi partie prenante à la conspiration? Naïfs témoins ignorants d'une arrière-scène où les «choses continuent» au lieu d'être les tiers qui rappellent la nécessité de la distance et de l'interdit. Il est possible que, pour certains cas, la présence assidue et régulière d'un tiers professionnel qui travaille sur la

7. *Id.*

8. RUFFIOT, A., *Famille cherche scène primitive... Tolérable*, p. 99, in Gruppo 7, Apsygée, Paris, 1991.

séparation des membres soit une frontière symbolique suffisante et une avenue souhaitable. Il est possible aussi que, pour bien d'autres cas, une intervention plus musclée, plus encadrée s'impose: intervention durant laquelle la protection de l'enfant en exige le retrait de sa famille de même qu'elle exige la mise en oeuvre de moyens autoritaires judiciaires qui exacerbent forcément l'épreuve pour l'enfant. Les deux approches sont porteuses d'espoirs et aussi de périls que nous devons jauger soigneusement et rigoureusement en fonction des besoins des personnes et non en fonction d'automatismes doctrinaires.

C. L'évolution sociale du phénomène des abus sexuels

La dernière décennie a été féconde en recherches et expérimentations tant cliniques que judiciaires dans le domaine des abus sexuels et nous devons nous approprier cette évolution des connaissances pour mettre de la rigueur dans cette problématique particulièrement propice à des dérives émotionnelles. S'il y a une évolution rapide des connaissances et des pratiques, il y a aussi une évolution sociale du phénomène des abus sexuels. D'abord, le phénomène est sorti de l'ombre favorisant un dévoilement précoce. Selon Creighton⁹ et Mrazek et al¹⁰, l'âge de la révélation est passé de l'adolescence à un âge d'apparition beaucoup plus précoce et conséquemment on peut penser que la durée de l'abus sera écourtée. Une autre recherche montre, si nos souvenirs sont exacts, que 65% des jeunes victimes d'abus sexuels téléphonent à un organisme d'aide après un événement, montrant la non-tolérance par les victimes de ce genre d'actes. Baker et Duncan¹¹ démontrent que le pourcentage des victimes mâles a augmenté pour s'approcher du quart de l'ensemble des victimes. Nous ne savons évidemment pas si c'est l'ampleur du phénomène qui a augmenté ou la fréquence du dévoilement. L'augmentation de la fréquence du dévoilement est certainement une évolution saine. Chaque médaille ayant son revers, il y a aussi une augmentation des faux-dévoilements notamment dans le cas de séparation parentale que les recherches situent entre 30 et 40% des allégations¹². Évidemment, dans ces situations, il est difficile de départager ce qui peut appartenir à la conspiration entourant un abus réel de la conspiration inspirée par la malveillance ou encore par une interprétation erronée. Rappelons l'importance pour l'évaluateur de la maîtrise d'outils rigoureux pour apprécier la crédibilité de l'allégation. La proposition de la procédure de l'analyse de la

-
9. CREIGHTON, S. J. (1984), *Trends in child abuse*, The National Society for the Prevention of Cruelty to Children, London, NSPCC.
 10. MRAZEK, P. B., LYNCH, M. A. and BENTOVIM, A. (1983), Sexual abuse of children in the United Kingdom, *Child Abuse and Neglect* 7, 2, 147-154.
 11. BAKER, A. W. and DUNCAN, S.P. (1985), Child sexual abuse: A study of prevalence in Great Britain, *Child Abuse and Neglect* 9, 4, 457-467.
 12. VAN GIJSEGHEM, H., L'enfant mis à nu, *Les hypothèses alternatives: la fausse allégation*, p. 119-145, Édition du Méridien, 1992.

validité de la déclaration développée par Koehnken, Steller, Raskin, Esplin et Yuille¹³ devrait recevoir l'adhésion de tous les évaluateurs.

La conspiration familiale, peut-on l'éviter ou encore réduire les risques qu'elle se produise? Bien sûr, dans certains cas, elle est antérieure au dévoilement, mais y a-t-il moyen de maximaliser les conditions pour la déconstruire ou pour éviter qu'elle s'instaure postérieurement au dévoilement? On nous pardonnera cette tautologie, mais la meilleure façon de l'éviter passe par l'aveu de l'adulte. Comment traiter le dévoilement pour faciliter l'émergence de l'aveu et capitaliser sur la rupture d'équilibre que le dévoilement entraîne? Le dévoilement crée une crise - en chinois le mot crise signifie opportunité - et l'intervention de crise, selon Mounir H. Samy, «est de reconnaître avant tout qu'il y a une crise, essayer de la solutionner et tirer profit au maximum du fait qu'il s'agit d'une période où l'individu et la cellule familiale sont sensibles au changement»¹⁴.

Pour que cette crise donne ses fruits, la planification de l'intervention est essentielle et elle doit impliquer tous les groupes de professionnels susceptibles d'intervenir par une concertation et une contemporanéité d'action. L'intervention doit être coordonnée et selon Furniss:

«Les auteurs de l'abus avouent d'autant plus celui-ci que l'intervention avec la famille est mieux préparée par les professionnels impliqués. Une bonne préparation et un bon recueil d'informations, ainsi que la confrontation de l'auteur de l'abus avec autant de faits que possible combinés à un certain effet de surprise, aident souvent l'auteur à reconnaître l'abus. Il faut dire ici que les thérapeutes (Furniss travaille dans un cadre hospitalier) ne sont peut-être pas les mieux placés pour confronter les auteurs d'actes et recueillir des précisions sur l'abus. Dans notre approche interdisciplinaire, des policiers qualifiés ont souvent pu obtenir des informations capitales sur lesquelles fonder d'autres procédures thérapeutiques»¹⁵.

L'exigence du départ immédiat de l'abuseur de la famille durant la période de l'évaluation est une «dramatisation» protectrice qui appuie la nécessité de «séparation» psychique. Cette rupture d'équilibre, cette crise de la révélation ouvre le champ, durant cette période déterminante, à la possibilité de changements. C'est dans ce temps de l'intervention que la famille

13. Voir, à ce sujet, YUILLE, J. , *L'enfant mis à nu, L'entrevue de l'enfant dans un contexte d'investigation et l'évaluation systématique de sa déclaration*, p. 69-113, Édition du Méridien, 1992.

14. MOUNIR, H.S. et GRIZENKO, N., *Adolescence et suicide, Examen clinique et traitement de l'adolescent suicidaire*, chap. 4, Paris, E.S.F. éditeur, 1991.

15. FURNISS, T., *Nouvelles approches de la santé mentale, L'inceste et l'abus sexuel dans la famille: un modèle de traitement intégré*, p. 9, chap. IV, Paris, V.F. 1990.

s'abandonnera, se mobilisera ou encore se durcira en érigeant ou en consolidant les parois d'une protection qui offre à l'évaluateur le silence de la conspiration.

Conclusion

La conspiration familiale, lorsqu'elle se met en place, n'est pas, contrairement à ce que ce titre un peu paranoïaque laisse entendre, dirigée contre l'évaluateur. Elle est au service de la dénégaration et plus probablement du déni, c'est-à-dire de «ce mode de défense consistant en un refus par le sujet (ou par le système familial) de reconnaître la perception d'une réalité traumatisante» (Laplanche et Pontalis). Alors l'évaluateur devient un témoin gênant et le déni, disons-le, supporte mal les témoins. Il y a des moments-clés de l'intervention qui peuvent prévenir l'instauration du déni et nous devons les saisir, non pas dans une perspective de lutte de pouvoir qui doit tout démasquer, mais dans la signification de ce que l'enfant révèle par ce secret éventé: ce qui y est dit de sa solitude, de sa souffrance et de son abandon comme de ce qui y est dit des misères de sa famille.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LE « CODE CIVIL DU QUÉBEC » : UN PEU D'HISTOIRE, BEAUCOUP D'ESPOIR

Auteur(s) : Marcel GUY

Revue : RDUS, 1992-1993, volume 23, numéro 2

Pages : 453-492

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13403>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13403>

Page vide laissée intentionnellement.

LE CODE CIVIL DU QUÉBEC: UN PEU D'HISTOIRE, BEAUCOUP D'ESPOIR

par Marcel GUY*

Le 1er janvier 1994: une date à retenir. En effet, après trente années de réformes sectorielles fort nombreuses, entreprises principalement sous l'impulsion première de l'Office de révision du Code civil, le Québec se donne un tout nouveau Code civil en remplacement du Code civil du Bas Canada entré en vigueur le 1er août 1866. Fidèle à la tradition civiliste à laquelle il se rattache, ce nouveau Code civil n'en reflète pas moins les visages nouveaux du Québec qui lui permettront d'entrer dans le vingt et unième siècle en suscitant beaucoup d'espoir.

January 1st 1994 is an important date in Quebec legal history because after some thirty years of various sectorial reforms, usually proposed by the Civil Code Revision Office, Quebec has finally adopted a new Civil Code to replace the Civil Code of Lower Canada, which dates back to the 1st of August 1866. While respecting the civilian tradition from which it has evolved, this new Civil Code has taken into account various changes in the social fabric of Quebec. This allows one to be optimistic that the Civil Code will maintain its relevance well into the next century.

*, Notaire honoraire et Directeur de la formation professionnelle des notaires à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	457
I- LES SOURCES	458
1. de 1760 à 1774	458
2. de 1774 à 1866	460
3. de 1866 à 1955	461
II- LES RÉFORMES SECTORIELLES	464
1. la capacité juridique de la femme mariée	465
2. la célébration civile du mariage	467
3. la dissolution du mariage par divorce	468
4. le régime légal de la société d'acquêts	468
5. la copropriété divise d'un immeuble	470
6. l'inviolabilité de la personne	470
7. la majorité à dix-huit ans	471
8. le louage de choses	471
9. les assurances	472
10. l'autorité parentale	473
11. la société en commandite	473
III- LE PREMIER CODE CIVIL DU QUÉBEC	473
1. la réforme du droit de la famille (LIVRE DEUXIÈME)	475
- L'égalité juridique des époux	475
- La résidence familiale	475
- La prestation compensatoire	475
- L'égalité juridique des enfants	477
- Le nom des enfants	478
- L'adoption	479
- Les grands-parents	479
- Les concubins	479
2. la réforme du droit des personnes (LIVRE PREMIER)	481
- Les soins de santé	481
- La réputation et la vie privée	482
- Le mandat donné dans l'éventualité de l'incapacité du mandant	483
- La tutelle légale des parents	484
- Le directeur de l'état civil	484
3. la réforme du droit des successions (LIVRE TROISIÈME)	485
- La survie de l'obligation alimentaire	485
- La responsabilité limitée des héritiers	485
- Le liquidateur de la succession	485
- Les attributions préférentielles	486

(1993) 23 R.D.U.S.	<i>Le Code civil du Québec : un peu d'histoire, beaucoup d'espoir</i>	455
4.	la réforme du droit des biens (LIVRE QUATRIÈME)	487
	- L'indivision conventionnelle	488
	- La fondation	488
	- La fiducie	488
5.	le patrimoine familial (LIVRE DEUXIÈME)	490
IV-	LE DEUXIÈME CODE CIVIL DU QUÉBEC	493
6.	la réforme du droit des obligations (LIVRE CINQUIÈME) . .	496
	- L'atténuation du principe de la liberté contractuelle	496
7.	la réforme du droit des sûretés (LIVRE SIXIÈME)	497
	- L'intégration et la modernisation des sûretés réelles dans le concept d'hypothèque	497
CONCLUSION		498

INTRODUCTION

Depuis le 1er janvier 1994, nous sommes régis dans nos rapports quotidiens par un tout nouveau *Code civil* qui a remplacé le premier *Code civil du Québec* institué le 19 décembre 1980 de même que le *Code civil du Bas Canada* entré en vigueur le 1er août 1866.

Une réforme en profondeur s'imposait, au dire du professeur Paul-André Crépeau, pour redonner au *Code civil* sa vocation première: celle de régir les relations entre citoyens selon les normes, les conceptions et les techniques de notre temps. En somme, écrivait-il, il importait de faire du *Code civil* le reflet de la société québécoise en cette fin du vingtième siècle¹.

Ces propos rejoignent ceux que prononçait, deux siècles auparavant, le consul Portalis lors de la présentation du projet de *Code civil français*: «Les lois ne sont pas de purs actes de puissance; ce sont des actes de sagesse, de justice et de raison. Le législateur exerce moins une autorité qu'un sacerdoce. Il ne doit point perdre de vue que les lois sont faites pour les hommes, et non les hommes pour les lois; qu'elles doivent être adaptées au caractère, aux habitudes, à la situation du peuple pour lequel elles sont faites²».

Le législateur québécois avait aussi un autre défi de taille à relever: celui de convaincre la société québécoise que cet instrument législatif qu'est le *Code civil*, issu de la tradition civiliste française, pouvait encore constituer, à l'aube du 21^e siècle, un instrument assez souple et efficace pour favoriser son développement.

Plusieurs commençaient à en douter, tant notre *Code civil* avait pris du retard par rapport au développement des législations sectorielles de droit privé qui gagnaient du terrain, même chez nous, et dont le système de Common Law des provinces voisines savait si bien s'accommoder.

En effet, par l'image que l'on se faisait du *Code civil* tout autant que par le rôle qu'on lui assignait dans la société québécoise, dira le professeur Crépeau, le *Code civil* «était devenu un symbole non plus de permanence, mais d'immobilisme, la manifestation d'une conception statique, voire stagnante, d'un certain ordre social³». D'où le foisonnement des législations sectorielles du dernier quart de siècle en marge du *Code civil*.

-
1. *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. I, Projet de code civil, 1977, Éditeur officiel du Québec, p. XXIX.
 2. P.A. Fenet, *Recueil complet des travaux préliminaires du code civil*, Tome premier, Réimpression de l'édition 1827, Otto Zeller Osnabrück, 1968, West Germany, p. 466.
 3. *Op. cit.*, note 1, p. XXVII.

C'est pourquoi certains ont été tentés d'abandonner cet instrument législatif qu'est le *Code civil* parce que dépassé, prétendaient-ils. Ce mode législatif avait certes bien servi le 19^e siècle et la 1^{ère} moitié du 20^e siècle. Mais depuis, pouvait-on en être aussi certain?

Heureusement, le législateur québécois s'est souvenu et a fait confiance aux traditions civilistes et au *Code civil* pour affronter encore l'avenir. En effet, est-il nécessaire de toujours rompre avec le passé pour vivre pleinement le présent et préparer efficacement l'avenir? Ne suffit-il pas parfois d'un peu plus de créativité et de souplesse dans la conception et l'organisation des choses? Le législateur s'y est employé dans la réforme du *Code civil*. Avec succès? L'avenir nous le dira.

Nous tenterons, dans les pages qui suivent, de vous présenter la voie que le législateur a empruntée au cours des quarante dernières années pour nous livrer ce nouveau *Code civil* édition 1994.

I- LES SOURCES

1. de 1760 à 1774

La disposition préliminaire du *Code civil du Québec* précise que le code établit, dans les matières qu'il régit, le droit commun et qu'il constitue le fondement des autres lois qui ajoutent au code ou y dérogent⁴.

À ce titre, le nouveau *Code civil du Québec* perpétue et modernise l'héritage culturel le plus précieux, avec la langue française, que le Québec ait pu sauver malgré son rattachement à la Couronne britannique en 1763, à savoir : ses traditions civilistes françaises, enracinées depuis des siècles dans la célèbre *Coutume de Paris* telle que modifiée par les grandes Ordonnances royales de Louis XIV et de Louis XV⁵.

Pour mieux saisir cette importante réalité, il n'est pas sans intérêt de rappeler certaines pages mouvementées de notre histoire, que nous emprunterons à Me Christian G. Sirois, avocat au contentieux de la Ville de

4. Le *Code civil du Québec* régit, en harmonie avec la *Charte des droits et libertés de la personne* et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens.

Le code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions, établit, en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun. En ces matières, il constitue le fondement des autres lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au code ou y déroger.

5. Professeur Paul-André Crépeau, *Civil code revision in Québec*, Louisiana law review. 1974, vol. 34, p. 925.

Montréal. Tout d'abord, «Le 8 septembre 1760, le Marquis de Vaudreuil, gouverneur et lieutenant général pour le roi de France au Canada et le général Amherst, commandant en chef des troupes de sa Majesté britannique pour l'Amérique septentrionale, signaient à Montréal les textes qui allaient sceller la capitulation de la Nouvelle-France face aux conquérants anglais installés aux portes de la ville.

«Les Francois et Canadiens Continüeront d'Estre Gouvernés Suivant La Coutume de Paris et les Loix et Usages Etablis pour ce pays; Et ils ne pourront Estre assujettis à d'Autres impots qu'a Ceux qui Etaient Etablis sous la domination Française».

Puis le 7 octobre 1763, une proclamation royale du Roi George III divisait les colonies de l'Amérique du Nord en quatre gouvernements distincts connus et appelés par les noms de Québec, Floride-Orientale, Floride-Septentrionale et Grenade. Cette proclamation demandait aux Gouverneurs en place de convoquer des assemblées générales et indiquait:

«[N]ous avons aussi accordé auxdits gouverneurs le pouvoir de faire, avec le consentement de nosdits conseils et des représentants du peuple qui devront être convoqués tel que susmentionné, de décréter et de sanctionner des lois, des statuts et des ordonnances pour assurer la paix publique, le bon ordre ainsi que le bon gouvernement desdites colonies, de leurs populations et de leurs habitants, conformément autant que possible aux lois d'Angleterre et aux règlements et restrictions en usage dans les autres colonies».

Cette proclamation mettait ainsi fin à l'application de la Coutume de Paris et du droit civil. Cependant, l'application du droit anglais dans la colonie devait soulever du mécontentement et le Roi rectifia le tir, en 1774, en rétablissant les «*loix du Canada*» en regard de la propriété et des droits des citoyens⁶.

2. de 1774 à 1866

De 1774 à 1866, les choses en restent substantiellement là. Toutefois, une loi du Bas Canada, adoptée en 1857, décrète la codification des lois civiles alors en vigueur dans le Bas Canada en s'inspirant du modèle du *Code civil français* de 1804. Le préambule de cette loi est très éclairant sur la nécessité de préserver cet héritage pour l'avenir en procédant à sa codification :

«ATTENDU que les lois du Bas Canada, en matière civile, sont principalement celles qui, à l'époque de la cession du pays à la couronne

6. *D'une charte à l'autre: les 350 ans de Montréal*, la revue juridique Thémis, 1992, vol. 26, no 3, pp.345-346.

d'Angleterre, étaient en force dans cette partie de la France, régie par la coutume de Paris, modifiées par des statuts de la Province, ou par l'introduction de certaines parties des lois d'Angleterre dans des cas spéciaux, et qu'il arrive en conséquence que la généralité des lois, dans cette division de la Province, n'existe que dans la langue qui n'est pas la langue naturelle des personnes d'origine Britannique qui l'habitent, pendant que partie ne se trouve point dans la langue naturelle des personnes d'origine Française; et considérant que les lois et coutumes suivies en France, à l'époque ci-dessus mentionnée, y ont été modifiées et réduites en un code général, de manière que les lois anciennes, encore suivies dans le Bas Canada, ne sont plus ni ré-imprimées ni commentées en France, et qu'il devient de plus en plus difficile d'en obtenir des exemplaires ou des commentaires; et considérant que pour les raisons susdites et les grands avantages qui sont résultés pour la France, comme pour l'état de la Louisianne et d'autres endroits, de la codification des lois, il est évidemment expédient de pourvoir à la codification des lois civiles du Bas Canada: à ces causes, Sa Majesté, par et de l'avis et du consentement du conseil législatif et de l'assemblée législative du Canada, décrète ce qui suit:

1. Le gouverneur est par le présent autorisé à nommer trois personnes propres et compétentes, étant avocats du Bas Canada, comme commissaires chargés de codifier les lois de cette division de la Province, en matière civile,...⁷ »

Cette volonté politique de procéder à la consolidation de notre droit privé civil et commercial nous donnera le *Code civil du Bas Canada*, entré en vigueur le 1^{er} août 1866. Le professeur Paul-André Crépeau, président de l'Office de révision du *Code civil*, dira de ce code:

«On avait voulu édifier un code qui, en consacrant le passé, soit comme un rempart élevé contre les influences qui, de l'extérieur, menaçaient l'intégrité du droit civil; comme un gage de survivance d'un système juridique original, mais fragile du fait de son isolement dans un continent de Common Law⁸».

3. de 1866 à 1955

Une année plus tard, plus précisément le 1^{er} juillet 1867, entrait en vigueur au Canada une nouvelle Constitution qui prévoyait expressément, à l'article 129, que les lois en vigueur au temps de la Confédération seraient maintenues jusqu'à ce qu'elles soient modifiées ou abrogées par les autorités

7. *Acte concernant la Codification des Lois du Bas Canada, qui se rapportent aux matières civiles et à la procédure*, 20 Vict., c. 43, (1857).

8. *Op. cit.*, note 1, pp. XXVI-XXVII.

compétentes⁹. On réaffirmait ainsi la compétence exclusive du Québec en matière de «propriété et droits civils»¹⁰ et de «célébration du mariage»¹¹; mais on plaçait dorénavant sous la compétence du fédéral «le mariage et le divorce»¹², limitant ainsi la compétence antérieure du Québec sur ces matières.

Le *Code civil du Bas Canada* a bien joué, dans l'ensemble, son rôle de gardien des valeurs qui sont encore chères au Québec d'aujourd'hui et qui le distinguent dans ce Canada dont il fait toujours partie. Mais comme le rappelait à juste titre le Professeur Crépeau, il s'est progressivement creusé un fossé, notamment au cours des dernières années, entre le droit et la vie.¹³

Pensons simplement à l'avènement des Chartes des droits et libertés de la personne dans l'organisation de nos sociétés; à la remise en cause de certaines structures sociales à laquelle la famille n'a pas échappé; au développement du mouvement féministe des dernières années; à la laïcisation progressive de nos institutions sociales; au développement de la richesse mobilière; à l'arrivée des immigrants en nombre significatif; à l'ouverture des marchés sur le monde; au phénomène d'urbanisation de notre société; et plusieurs autres exemples encore.

Cette évolution de notre société, sur les plans socio-culturel et économique, a plaidé en faveur d'une révision en profondeur de notre *Code civil*.

C'est à Maurice Duplessis, alors premier ministre du Québec, que nous sommes redevables d'avoir fait adopter par la Législature provinciale, en 1955, un projet de loi décrétant la révision du *Code civil du Bas Canada*¹⁴.

On y déclarait alors que la révision générale du *Code civil* avait pour but d'en améliorer la coordination et d'y faire les mises à jour qui paraîtraient opportunes. Il faut bien se rappeler que l'entrée en vigueur du *Code civil* du Bas Canada qui nous régissait toujours remontait au 1er août 1866.

Ce code serait bientôt centenaire et n'avait fait l'objet que de rares modifications, même si quelques-unes ont eu une importance considérable, telles la *Loi de 1915* qui reconnaissait au conjoint la qualité d'héritier légitime¹⁵, la *Loi de 1924* qui reconnaissait l'adoption comme un moyen de légitimation des enfants

9. *British North America Act*, 1867, 30 Vict., c. 3.

10. *Id.*, art. 92, par. 13.

11. *Id.*, art. 92, par. 12.

12. *Id.*, art. 91, par. 26.

13. *Op. cit.*, note 1, p. XXVII.

14. S.Q. 1954-55, c. 47, *Loi concernant la révision du Code civil*.

15. S.Q. 1915, c. 74. *Loi amendant le Code civil relativement aux successions*.

naturels¹⁶, et la *Loi de 1931* qui reconnaissait à la femme mariée le droit de gérer elle-même le produit de son travail personnel¹⁷.

C'est à un juriste que Québec a confié la responsabilité de préparer un projet de révision de notre *Code civil* et de le remettre au ministre de la Justice dans un délai à être fixé par le lieutenant-gouverneur en conseil¹⁸. Devant l'importance et l'ampleur de la tâche, le juriste en fonction en 1965, monsieur le professeur Paul-André Crépeau, a jugé bon de se doter d'une structure administrative, l'Office de révision du *Code civil*, et de s'entourer de nombreux collaborateurs pour mener à bien cette oeuvre.¹⁹

Le budget rendu disponible en 1955, pour procéder à cette révision, ne devait pas excéder 50,000\$. Un an plus tard, on le portait à 125,000\$²⁰. Puis, en 1959, on statuait que les dépenses résultant de la révision du *Code civil* seraient payées sans aucune limite préétablie, à même le fonds consolidé de la province²¹.

Lors de la remise au ministre de la Justice du Québec, en octobre 1977, du projet de *Code civil* préparé par l'Office de révision du *Code civil*, on sait qu'il en avait déjà coûté plusieurs millions de dollars pour le produire²². Et ce n'était pas encore terminé. La phase proprement législative allait bientôt commencer.

L'État consacrera encore seize années de labeurs avant de faire adopter son nouveau *Code civil* par l'Assemblée nationale le 18 décembre 1991²³ et proclamer son entrée en vigueur le 1er janvier 1994²⁴, sous réserve de certaines dispositions du Livre sur la publicité des droits qui ne pourront être pleinement opérationnelles avant une quinzaine d'années. En effet, il faudra terminer la rénovation cadastrale à l'échelle du territoire québécois et mettre en place un système informatisé de traitement des inscriptions avant d'y arriver.

16. S.Q. 1924, c. 75, *Loi concernant l'adoption*.

17. S.Q. 1931, c. 101, *Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile relativement aux droits civils de la femme*.

18. Cette responsabilité a été confiée successivement à l'honorable juge Thibaut Rinfret, puis à l'honorable juge André Nadeau et enfin au professeur Paul-André Crépeau.

19. *Op. cit.*, note 1, pp. XXXV-XXXIX.

20. S.Q. 1956-57, c. 68, *Loi modifiant la Loi concernant la révision du Code civil*.

21. S.Q. 1958-59, c. 43, *Loi modifiant la Loi concernant la révision du Code civil*.

22. Professeur Paul-André Crépeau, *Les enjeux de la révision du Code civil*, sous la direction de André Poupart, 1979, Faculté de l'éducation permanente, Université de Montréal, p. 11, note 2: «Un budget progressivement plus important - jusqu'à \$750,000 par an en 1974-75 - a permis d'accélérer les travaux par la formation de comités d'étude plus nombreux et par le recours aux consultations d'experts.»

23. L.Q. 1991, c. 64, *Code civil du Québec*.

24. Décret 712-93, 19 mai 1993, *Gazette officielle du Québec*, 2 juin 1993, 125e année, no 23, 3589.

Pour une oeuvre de cette importance culturelle, appelée à jouer un rôle aussi déterminant dans la préservation et la promotion du caractère distinct de notre société, le prix n'était pas trop élevé. Notre *Code civil* avait pris du retard. Il ne répondait plus à sa vocation première. Il fallait le revivifier pour mieux contrer les influences étrangères qui le menaçaient de toute part.

Le professeur Paul-André Crépeau, alors président de l'Office de révision du *Code civil*, écrivait dans son Rapport sur le *Code civil du Québec* ce que la révision devait être pour n'avoir pas à rompre avec cet héritage civiliste:

«Il fallait en somme faire du nouveau Code civil le reflet des réalités sociales, morales et économiques de la société québécoise d'aujourd'hui; un corps de lois vivant, moderne, sensible aux préoccupations, attentif aux besoins, accordé aux exigences d'une société en pleine mutation, à la recherche d'un équilibre nouveau²⁵».

Pour atteindre cet objectif éminemment souhaitable il y avait un prix à payer, et il est heureux que nous ayons été disposés à le payer pour sauver cet héritage culturel de la désuétude. Plus tard, il aurait été trop tard.

II- LES RÉFORMES SECTORIELLES

S'il est vrai que les 18 décembre 1991 et 1er janvier 1994 resteront gravés longtemps dans nos mémoires comme des jours de victoire pour la survie de notre *Code civil* en Amérique du Nord, il ne faut pas perdre de vue pour autant que bon nombre des réformes qu'il contient ont vu le jour plusieurs années auparavant.

Pourtant, les propos du ministre de la Justice, tels que consignés dans les commentaires sur le nouveau *Code civil du Québec*, font peu état de ces réformes qui ont précédé son adoption²⁶. Ce sont elles, à mon avis, qui ont pavé la voie et rendu possible son adoption à l'unanimité, le 18 décembre 1991, et son entrée en vigueur le 1er janvier 1994.

En effet, une réforme de l'envergure de celle à laquelle vient de procéder le Québec n'était possible et viable que si elle était le résultat d'une lente maturation et de bancs d'essai fructueux. Ce à quoi le Québec s'est employé principalement au cours des trente dernières années, plus précisément de 1964 à 1994, grâce notamment aux travaux du juge André Nadeau, au début des années 1960, et de l'Office de révision du *Code civil*, de 1965 à 1977, sous la présidence du professeur Paul-André Crépeau .

25. *Op. cit.*, note 1, p.XXVI.

26. *Les commentaires du ministre de la Justice*, Tome I, *Le Code civil du Québec*, Les publications du Québec, 1993, p.V-VI.

Arrêtons-nous un moment sur les plus significatives de ces réformes sectorielles qui ont fait éclater quelques-uns de nos préjugés les plus enracinés, et rétabli un peu plus de justice dans notre système de droit civil en attendant les résultats de la réforme globale.

1. la capacité juridique de la femme mariée

-1964: Cette date marque le premier fruit mûr de la révision du *Code civil* en cours depuis 1955. Le Québec adopte la *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*²⁷. Le concept d'autorité maritale, qui jusque-là fondait le pouvoir du mari de décider seul ou en dernier ressort, éclate pour permettre l'éclosion du principe de la capacité juridique de la femme mariée.

Dix ans auparavant, la femme mariée était encore classée parmi les incapables de contracter, immédiatement après les mineurs et les interdits. Le législateur est intervenu en 1954 pour la sortir de ce «ghetto» juridique et lui réserver l'honneur du nouvel article 986a du *Code civil*:

«Art. 986a: La capacité de contracter des femmes mariées, comme leur capacité d'ester en justice, est déterminée par la loi²⁸».

C'était le premier pas. La loi de 1964 qui a suivi devait entraîner une modification beaucoup plus profonde et substantielle du statut de la femme mariée. Ainsi, par exemple, la femme mariée sous le régime de la séparation de biens acquérait une pleine capacité juridique quant à l'exercice de ses droits civils. Celle qui était mariée sous le régime de la communauté de biens voyait aussi sa capacité élargie. Toutefois, son mari continuait d'être le seul habilité à administrer les biens de la communauté.

Le chapitre sixième du titre du mariage, traitant des droits et des devoirs respectifs des époux, était pour sa part complètement remanié. On y introduisait alors la réciprocité dans les devoirs des époux et le concours de chacun d'eux dans la direction matérielle et morale de la famille. Étaient donc remplacés les articles suivants du *Code civil*:

- **174:** qui stipulait que le mari devait protection à sa femme et la femme obéissance à son mari;

- **175:** qui établissait que la femme était obligée d'habiter avec le mari et de le suivre partout où il jugeait à propos de résider;

27. S.Q. 1963-64, c. 66, *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*.

28. S.Q. 1954-55, c. 48, *Loi modifiant le Code civil*.

- **176:** qui précisait que la femme ne pouvait ester en jugement [sic] sans l'autorisation ou l'assistance de son mari, quand même elle serait non commune ou marchande publique;
- **177:** qui stipulait que la femme, même non commune, ne pouvait donner ou accepter, aliéner ou disposer entre vifs, ni autrement contracter, ni s'obliger sans le concours de son mari dans l'acte, ou son consentement donné par écrit;
- **179:** qui établissait clairement que la femme ne pouvait être marchande publique sans l'autorisation expresse ou présumée de son mari;
- **180:** qui précisait que, en cas d'absence ou d'interdiction du mari, seul un juge pouvait autoriser la femme mariée à ester en jugement [sic] ou à contracter;
- **182:** qui stipulait que le mari, quoique mineur, pouvait dans tous les cas autoriser sa femme majeure;
- **188:** qui établissait que la femme ne pouvait demander la séparation de corps pour cause d'adultère de son mari que s'il tenait sa concubine dans la maison commune. Alors que lui n'avait qu'à établir la cause d'adultère de sa femme.

La liste n'est pas complète. Mais elle illustre bien le climat dans lequel était encore tenue la femme mariée au Québec, il y a trente ans à peine. Il faut aussi se rappeler, pour compléter le tableau, que ce n'est qu'en 1918 que la femme mariée s'était vu reconnaître le droit de vote au Canada et en 1940 au Québec. Qu'en 1929 le Comité judiciaire du Conseil Privé de Londres a eu à renverser un jugement majoritaire de la Cour Suprême du Canada en vue d'établir que la femme était, au sens de la loi, «une personne» au même titre que l'homme et que, de ce fait, elle pouvait elle aussi être nommée sénatrice.²⁹

2. la célébration civile du mariage

-1969: C'est une année riche au plan de la réforme du droit de la famille. Tout d'abord, la célébration du mariage, jusque-là confiée aux différentes églises du Québec par l'article 129 du *Code civil du Bas Canada*, a été étendue, en 1969, au protonotaire et à ses adjoints³⁰. Ainsi, ceux qui n'adhéraient à aucune église pouvaient désormais se marier civilement avec tous les avanta-

29. *Edwards c. Canada*, 1930 A.C. p. 624

30. L.Q. 1968, c. 82, *Loi concernant le mariage civil*.

ges que la loi accorde normalement aux gens mariés. C'était le début de la laïcisation de l'institution du mariage.

3. la dissolution du mariage par divorce

-1969: Puis, le principe sacro-saint de l'indissolubilité du mariage inscrit à l'article 185 du *Code civil du Bas Canada* depuis 1866 éclatera, en 1969, pour faire place désormais à la dissolution du mariage par le divorce légalement prononcé.³¹

On sait qu'en 1867, lors de la création de la Confédération canadienne, le Québec, alors majoritairement catholique, avait abandonné de bonne grâce au Fédéral sa compétence législative sur le divorce. Protestants et catholiques étaient ainsi rassurés. Les premiers parce que l'accès au divorce était mieux garanti entre les mains du Fédéral. Les catholiques parce que l'accès au divorce était tenu loin d'eux.

Mais, en 1968, le Parlement fédéral se dote d'une *Loi sur le divorce*³² applicable dans toutes les provinces, y compris le Québec. Cette loi sera administrée par les tribunaux de droit commun. Elle placera le divorce à la portée de tous. Auparavant, de 1867 à 1963, un québécois pouvait exceptionnellement y recourir par une loi privée du Parlement fédéral; de 1963 à 1969, le Sénat prenait la relève et l'accordait par résolution. En 1969, le divorce devenait davantage accessible et les Québécois ne s'en priveront pas. Actuellement, au moins deux (2) mariages sur cinq (5) finissent ainsi. L'institution du mariage en ressortira affaiblie.

4. le régime légal de la société d'acquêts

-1969: C'est une année qui sera aussi marquée par l'adoption d'un important projet de loi³³ visant principalement à remplacer le régime légal de la communauté de biens en voie de tomber en désuétude³⁴ par le régime légal de la société d'acquêts. Cette loi entrera en vigueur le 1er juillet 1970.

Jusque-là, les époux préféraient, pour plusieurs raisons, le régime de la séparation contractuelle de biens³⁵ au régime légal de la communauté de biens. Ils y trouvaient une certaine protection en cas de faillite du mari. Les donations qui y étaient stipulées en faveur de l'épouse exerçaient un certain attrait dans

31. S.Q. 1969, c. 74, *Loi modifiant le Code civil*.

32. S.C. 1967-68, c. 24, *Loi concernant le divorce*.

33. S.Q. 1969, c. 77, *Loi concernant les régimes matrimoniaux*.

34. Roger Comtois, *Traité théorique et pratique de la communauté de biens*, Montréal, Le recueil de droit et de jurisprudence, 1964, p. 321.

35. *Id.*

l'immédiat. Malheureusement, ces donations perdaient vite leur efficacité dans une société en pleine évolution économique. Puis, le pouvoir que chacun des époux exerçait sur l'administration de ses biens personnels, dans ce régime de séparation de biens, le faisait préférer au régime légal de la communauté de biens dont l'administration était encore confiée par la loi au mari.

Toutefois, le régime de la séparation de biens, emprunté de la Common Law, s'insérait mal dans notre système de droit civil. La protection qu'il offrait aux époux était très aléatoire. C'est pourquoi le législateur, pour contrer cette tendance à recourir à ce régime, lui préférera comme nouveau régime légal celui de la société d'acquêts qui conciliait à la fois deux objectifs importants pour les époux: 1- chacun des époux avait l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens propres et de ses acquêts³⁶; 2- après la dissolution du régime, chaque époux conservait ses biens propres et avait la faculté d'accepter le partage des acquêts de son conjoint ou d'y renoncer³⁷. Les acquêts de chaque époux comprenaient notamment les produits de son travail pendant le mariage, de même que les fruits et revenus échus ou perçus pendant le mariage provenant de tous ses biens³⁸.

Ce nouveau régime légal de la société d'acquêts assurait donc une meilleure protection économique de la femme, en particulier parce que l'éducation des enfants qu'elle assumait plus souvent que son mari lui laissait généralement moins de temps à consacrer au travail rémunéré à l'extérieur du foyer. Ce régime répondait aussi à une attente légitime de l'épouse, soit la reconnaissance de sa capacité juridique à administrer de façon aussi efficace que son mari les biens du régime matrimonial.

Ce régime prendra relativement peu de temps à s'imposer. Dès 1971, 42% des nouveaux couples mariés s'y soumettront par choix contractuel ou par défaut³⁹. Vingt ans plus tard, en 1991, plus de 84% des nouveaux couples se marieront sous ce régime. Le régime de la séparation contractuelle de biens, bien installé dans les mœurs de 1962 avec la faveur de 73% des nouveaux couples⁴⁰, chute à 16% en 1991⁴¹. Voilà tout un virage.

36. Art. 1266o *C.c.B.C.*

37. Art. 1266s *C.c.B.C.*

38. Art. 1266d *C.c.B.C.*

39. Me André Cossette, notaire, *Statistiques en matière de mariage*, Revue du Notariat, 1990-91, Vol. 93, pp. 536-542.

40. Roger Comtois, *op. cit.*, note 34.

41. Me Luce Samoisette, *Property rights of married women under the Quebec civil law*, 1993, Thèse de maîtrise en droit, University of Toronto, Appendix «A», pp. iii and viii: Sur les 28 922 couples qui se sont mariés en 1991, 4 547 ont choisi le régime de la séparation contractuelle de biens.

5. la copropriété divise d'un immeuble

-1969: L'année 1969 restera aussi une date marquante dans le développement des formes nouvelles de propriété. L'ère du « condominium », appelé plus correctement « copropriété divise d'un immeuble », a commencé avec l'adoption de la *Loi* concernant la copropriété des immeubles⁴². C'est d'abord dans les grandes villes que ce type de propriété a gagné la faveur auprès des foyers sans enfant et des commerçants pour ensuite se propager dans les agglomérations urbaines plus modestes.

Au Québec, présentement, le parc des « condos » est évalué à plusieurs dizaines de milliers d'unités. À Sherbrooke, où les premiers développements ne sont apparus, du moins dans le résidentiel, qu'au début des années 1980, on en compte déjà plus ou moins 1 000 unités. Au plan économique, il s'agit d'un développement fort significatif.

6. l'inviolabilité de la personne

-1971: Le développement des transplantations d'organes prend une nouvelle dimension avec l'arrivée des transplantations cardiaques. Devant ce phénomène, le législateur québécois adopte, dès 1971, une *Loi*⁴³ visant à définir les conditions dans lesquelles s'effectueront dorénavant les prélèvements d'organes humains.

On précisera que la personne humaine est inviolable et que nul, en conséquence, ne peut porter atteinte à la personne d'autrui sans son consentement ou sans y être autorisé par la loi⁴⁴. Ces modifications apportées au *Code civil du Bas Canada* visaient à réglementer principalement des actes non thérapeutiques de nature altruiste comme l'expérimentation ou le don de tissus.

7. la majorité à dix-huit ans

-1972: Année importante dans l'évolution de notre société. La majorité est abaissée à dix-huit (18) ans accomplis, alors qu'elle était fixée auparavant à vingt et un ans accomplis⁴⁵.

42. S.Q. 1969, C. 76.

43. L.Q. 1971, c. 84, *Loi modifiant de nouveau le Code civil et modifiant la Loi abolissant la mort civile*.

44. Art. 19 *C.c.B.C.*

45. L.Q. 1971, c. 85, *Loi modifiant de nouveau le Code civil*.

8. le louage de choses

-1974: Le chapitre sur le louage de choses n'avait pas donné lieu, depuis 1866, à d'importants changements. Et pourtant, il s'était opéré dans la société tout un renversement qui avait à la longue ouvert la voie à certaines exploitations.

En effet, les Québécois étaient devenus de moins en moins propriétaires et de plus en plus locataires. Ils avaient en grand nombre quitté leur campagne et leur village pour se regrouper dans les villes où ils avaient acquis le plus souvent le statut de locataires. Ils étaient devenus davantage vulnérables face à des propriétaires moins nombreux et plus puissants, pour qui la rentabilité du placement immobilier n'avait pas toujours de limite raisonnable.

Conscient de cette situation, le législateur intervint coup sur coup pour assurer une meilleure protection des locataires. D'abord en 1974, par une loi⁴⁶ qui visait «à ce que le louage reste régi par le *Code civil* et ne devienne pas l'objet d'une loi administrative tel que le suggérait le projet 59 relatif au *Code* des loyers présenté à l'Assemblée nationale à l'automne 1972»⁴⁷. Cette loi a été complétée la même année par une autre loi⁴⁸ «venue étendre la juridiction de la Commission des loyers à l'ensemble des logements locatifs au Québec»⁴⁹.

Ces interventions législatives n'ayant pas donné les résultats attendus, le législateur intervint de nouveau dès 1979⁵⁰. Il décidait alors de remplacer les deux lois précédentes par une loi instituant la Régie du logement «en vue de protéger les intérêts économiques des locataires en leur permettant de contester toute hausse injustifiée de loyer»⁵¹. Puis du même coup, il modifiait le *Code civil* en y introduisant notamment un ensemble de dispositions particulières au bail d'un logement⁵². Le locataire y trouvera alors son compte.

9. les assurances

-1976: L'important titre du *Code civil* sur les assurances de personnes et de dommages, à l'exception de l'assurance maritime, fait à son tour l'objet

46. L.Q. 1973, c. 74, *Loi concernant le louage de choses*.

47. Thérèse Rousseau-Houle, *Précis du droit de la vente et du louage*, 2^e éd., Bibliothèque juridique, Les Presses de l'Université de Laval, 1986, pp. 274-275.

48. L.Q. 1973, c. 75, *Loi prolongeant et modifiant la Loi pour favoriser la conciliation entre locataires et propriétaires*.

49. Thérèse Rousseau-Houle, *op. cit.*, note 47.

50. L.Q. 1979, c. 48, *Loi instituant la Régie du logement et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*.

51. Thérèse Rousseau-Houle, *op. cit.*, note 47, p. 273.

52. Articles 1650 à 1665.6 C.c.B.C.

d'une révision en profondeur dès 1974⁵³. Cette réforme contractuelle sera poursuivie en 1979⁵⁴. Elle était animée, précisera notre collègue Me Jean-Guy Bergeron⁵⁵, par un véritable esprit de protection du consommateur.

10. l'autorité parentale

-1977: On avait procédé, en 1964, à l'abolition du concept d'autorité maritale⁵⁶. On abroge, par une loi nouvelle en 1977⁵⁷, le concept d'autorité paternelle pour le remplacer par le concept d'autorité parentale. Désormais, l'enfant est placé sous l'autorité de ses père et mère jusqu'à sa majorité et non sous la seule autorité de son père. Voilà un autre gain important de la femme mariée dans la reconnaissance de sa pleine égalité avec son mari.

11. la société en commandite

-1979: Le législateur réforme en profondeur les sociétés en commandite⁵⁸ qui seront appelées à jouer un rôle capital notamment dans le développement des ressources minières du Québec.

III- LE PREMIER CODE CIVIL DU QUÉBEC

Le 19 décembre 1980 marque une étape décisive dans le processus de révision en cours du *Code civil du Bas Canada*. En effet, le législateur québécois adopte une loi dont la première partie de l'intitulé est sans équivoque: ***Loi instituant un nouveau code civil et portant réforme du droit de la famille.***

Jusque-là, et ce depuis la codification de 1866, les réformes se sont toujours effectuées à l'intérieur du *Code civil du Bas Canada* ou dans des législations sectorielles de droit privé. En 1980, le législateur québécois pose le premier geste législatif qui ouvre la voie au remplacement du *Code civil du Bas Canada* par un nouveau *Code civil* appelé: ***Code civil du Québec.***

Il s'agit là d'un événement historique qui ne peut être tenu sous le boisseau, même si les commentaires du ministre de la Justice sur le nouveau *Code civil du Québec* entré en vigueur le 1er janvier 1994 n'en font pas grand état⁵⁹. Le *Code civil du Québec* a été institué législativement le 19 décembre 1980 et est

53. L.Q., 1974, c. 70, *Loi sur les assurances*.

54. L.Q. 1979, c. 33, *Loi modifiant la Loi sur les assurances et modifiant de nouveau le Code civil*.

55. *Les contrats d'assurance (terrestre)*, Les éditions Sem inc., 1989, Sherbrooke, p. 42.

56. *Supra*, note 27.

57. L.Q., 1977, c. 72, *Loi modifiant le Code civil*.

58. L.Q. 1978, c. 99, *Loi modifiant le Code civil et la Loi des déclarations des compagnies et sociétés*.

59. *Supra*, note 26.

entré en vigueur les 2 avril 1981 et 1er décembre 1982, sous réserve de certaines dispositions qui posaient problème au plan constitutionnel⁶⁰.

À cet égard, il est éclairant de consulter le préambule de cette loi de 1980. On y apprend les choses suivantes:

*«CONSIDÉRANT qu'en 1955, la Législature décidait de confier à un juriste la révision générale du Code civil du Bas Canada;
considérant qu'en 1960, la Législature décidait que le rapport de ce juriste servirait de base à la préparation d'un projet définitif de nouveau Code civil;
considérant que le rapport de ce juriste a été déposé à l'Assemblée nationale le 20 juin 1978;
considérant qu'il convient d'instituer un nouveau Code civil, mais qu'il importe d'échelonner l'adoption de ses différentes parties en raison de l'ampleur des réformes proposées et des études qu'elles requièrent;
considérant qu'il est par ailleurs opportun de procéder d'abord à la réforme du droit de la famille;
SA MAJESTÉ, de l'avis et du consentement de l'Assemblée nationale du Québec, décrète ce qui suit:
1. Il est institué un Code civil du Québec dont le Livre deuxième se lit comme suit:...»*

Ce *Code civil du Québec* consacrait son LIVRE DEUXIÈME à la réforme du droit de la famille⁶¹. Le législateur venait de faire son lit. Le modèle qui lui servirait de guide serait le projet de *Code civil du Québec* préparé par l'Office de révision du *Code civil* sous la direction du professeur Paul-André Crépeau.

Pendant un temps indéfini, on vivrait avec deux codes civils, le *Code civil du Bas Canada* et le *Code civil du Québec*, qui ne se chevaucheraient pas toutefois dans leur contenu mais seraient complémentaires. Une fois la réforme du *Code civil* complétée, on procéderait alors à l'abrogation complète du *Code civil du Bas Canada* pour ne garder que le *Code civil du Québec*. C'est ce qu'on retrouve dans les dispositions finales de la *Loi* adoptée le 18 décembre 1991 et entrée en vigueur le 1er janvier 1994:

«Le présent code remplace le Code civil du Bas Canada adopté par le chapitre 41 des lois de 1865 de la législature de la province du Canada, Acte concernant le Code civil du Bas Canada, tel qu'il a été modifié⁶².»

60. L.Q. 1980, c. 39, *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*.

61. Articles 400 à 659 C.c.Q., devenus articles 365 à 612 C.c.Q. (1994).

62. *Supra*, note 23.

1. la réforme du droit de la famille (LIVRE DEUXIÈME)

Cette *Loi de 1980*, instituant le *Code civil du Québec*, avait aussi un autre objet: la réforme du droit de la famille. On peut résumer ainsi les principales réformes mises en vigueur les 2 avril 1981 et 1er décembre 1982 :

- **L'égalité juridique des époux.** Le principe de l'égalité juridique des époux y est désormais consacré en tous points. L'article 441 *C.c.Q.*⁶³ stipule que les époux ont, en mariage, les mêmes droits et les mêmes obligations. Cette égalité se traduira partout où besoin est. On comprendra mieux dès lors pourquoi le législateur a établi que chacun des époux conserve, en mariage, son nom⁶⁴; et pourquoi aussi il a stipulé que le nom attribué à l'enfant l'est au choix de ses père et mère⁶⁵, etc.

- **La résidence familiale.** La protection de la résidence familiale et des meubles qui la garnissent ou l'ornent⁶⁶ est introduite en faveur de tous les époux, sans égard à leur régime matrimonial et sans qu'il y ait lieu de considérer la date à laquelle le mariage a été célébré ou les conventions matrimoniales passées⁶⁷.

- **La prestation compensatoire.** La prestation compensatoire, une toute nouvelle institution issue de la *Loi de 1980*⁶⁸, donne à espérer que la situation d'injustice créée entre les époux quand l'un s'enrichit au détriment de l'autre, le plus souvent lorsque l'un fait un travail rémunéré à l'extérieur et l'autre travaille sans rémunération à l'intérieur du foyer, pourra ainsi être réparée.

En effet, même devant des faits forts troublants, la jurisprudence n'était pas encore parvenue à régler équitablement pareille situation sur la base du droit alors en vigueur. Rappelons sommairement les faits de l'affaire *Gagnon c. Dauphinais*, une parmi tant d'autres, entendue en 1977. Je cite:

«La demanderesse a, au cours de son mariage avec le défendeur, non seulement agi comme une excellente épouse, une excellente mère et une excellente maîtresse de maison, mais elle a également grandement aidé son mari dans ses affaires, permettant en conséquence à celui-ci d'accumuler des biens. Pendant que le défendeur, à l'extérieur du foyer, vendait de l'assurance-vie, ce qui lui rapportait un revenu substantiel, la demanderesse, à la maison, s'occupait de l'éducation des trois enfants, des travaux domestiques, de certains travaux de couture, de l'administration des immeubles, de l'administration du budget de la famille et du

63. Devenu art. 392 *C.c.Q.* (1994).

64. Art. 442 *C.c.Q.*, devenu art. 393 *C.c.Q.* (1994).

65. Art. 56.1 *C.c.B.C.*, devenu art. 50 *C.c.Q.* et devenu art. 51 *C.c.Q.* (1994).

66. Art. 449 et ss. *C.c.Q.*, devenus art. 401 et ss. *C.c.Q.* (1994).

67. *Supra*, note 60, art. 65.

68. Art. 559 *C.c.Q.*, devenu art. 462.14 et ss. *C.c.Q.* et devenus art. 427 et ss. *C.c.Q.* (1994).

secrétariat du commerce d'assurances générales. Or les parties étaient très économes et lorsque les économies le permettaient, le défendeur achetait un nouvel immeuble en son nom personnel. De son côté la demanderesse ne pouvait pas accumuler de biens, étant trop occupée à accomplir les tâches mentionnées plus haut. «La demanderesse ne pouvait pas travailler, elle avait trop d'ouvrage.» Comme la demanderesse s'occupait de tout à la maison, le défendeur pouvait se faire un revenu substantiel. «Comme il ne doit pas couvrir, l'oiseau mâle a le temps de lisser ses plumes.» Les parties vivaient suivant le vieil adage aux termes duquel « Upon marriage the husband and the wife are one, and the husband is the one⁶⁹ ».

Malgré l'iniquité apparente de la situation, dit le juge, le tribunal est d'opinion que, suivant l'état actuel du droit, les faits allégués et prouvés ne donnent pas ouverture aux conclusions recherchées, à savoir: forcer le mari à lui payer la moitié des trois immeubles qu'il a acquis dans ces circonstances. Les futurs époux avaient volontairement signé un contrat de mariage en séparation de biens avant leur mariage. Cette volonté devait être respectée.

Malheureusement, comme nous le verrons plus loin⁷⁰, l'espoir fondé sur la prestation compensatoire pour régler pareille situation a échoué. Il faudra attendre jusqu'en 1989 l'adoption et l'entrée en vigueur de la notion de patrimoine familial pour y arriver.

- L'égalité juridique des enfants. L'égalité juridique des enfants est enfin proclamée après des siècles de discrimination injustifiée où Église et État coopèrent⁷¹. Pourquoi avoir attendu si longtemps? Il fallait sauver l'institution du mariage. Il fallait préserver l'honneur de la famille. La couronne, les titres de noblesse, l'héritage, toutes ces valeurs devaient se transmettre exclusivement entre les membres légitimes d'une même famille.

D'où le phénomène de la « bâtardisation » des enfants nés hors mariage de leurs parents. Ils étaient exclus de tous les avantages ou presque que procure la légitimité. Le *Code civil du Bas Canada*, en 1866, leur consacrait un petit chapitre⁷² qui ouvrait timidement sur un procédé de légitimation, qui reconnaissait le droit de réclamer des aliments des parents naturels et qui permettait la recherche judiciaire de la paternité et de la maternité. Mais ils restaient exclus des successions.

69. 1977, C.S. 352, 353.

70. *Infra*, p. 38.

71. Art. 594 C.c.Q., devenu art. 522 C.c.Q. (1994).

72. Le chapitre troisième du titre septième relatif à la filiation, articles 237 à 241.

On classait généralement les enfants naturels en trois catégories: les enfants naturels simples, les enfants nés d'un commerce incestueux et ceux nés d'un commerce adultérin. En 1866, seuls les enfants naturels simples pouvaient espérer sortir de cet état et être légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère. Il faudra attendre jusqu'en 1924 pour que l'adoption devienne aussi un moyen de légitimation des enfants naturels⁷³. En 1971, on fait un autre petit pas en permettant la légitimation des enfants nés d'un commerce adultérin par le mariage subséquent de leurs père et mère⁷⁴.

En 1866, le droit des enfants naturels de réclamer des aliments de leurs père et mère leur était reconnu sans distinction par l'article 240 *C.c.B.C.* En revanche, les donations entre vifs faites par le donateur à ses enfants incestueux ou adultérins étaient limitées à des aliments suivant l'article 768 *C.c.B.C.* Toutes autres donations étaient nulles parce que contraires à l'ordre public et aux bonnes moeurs.

Enfin, en 1980⁷⁵, le législateur se décide. L'article 594 du *C.c.Q.*⁷⁶, entré en vigueur le 2 avril 1981, stipule que « Tous les enfants dont la filiation est établie ont les mêmes droits et les mêmes obligations, quelles que soient les circonstances de leur naissance. » Les enfants cesseront d'expier les péchés de leurs parents⁷⁷. C'est un moment de libération des consciences individuelle et collective. Espérons que la page est aussi tournée dans les moeurs et que plus jamais les enfants ne paieront pour les conduites et les inconduites de leurs parents.

- **Le nom des enfants.** Dans le contexte des années 1980, ce sujet a soulevé beaucoup d'intérêt pour ne pas dire de remous. Jusque-là, la coutume voulait que l'enfant porte le nom de famille du père. Les officiers de l'état civil refusaient systématiquement d'enregistrer l'enfant sous un nom composé de deux parties provenant l'une du nom de famille du père, l'autre de celui de la mère.

Des groupes de pression nombreux se sont fait entendre lors de commissions parlementaires, les uns préconisant le respect de la coutume, d'autres privilégiant l'attribution du nom de la mère et d'autres, enfin, justifiant l'attribution d'un nom de famille qui reflète davantage le nouveau concept d'autorité parentale.

73. *Supra*, note 16.

74. L.Q. 1971, c. 85, *Loi modifiant de nouveau le Code civil*.

75. *Supra*, note 60.

76. *Supra*, note 71.

77. Me Monique Ouellette, *La loi 89: La filiation par le sang et l'adoption*, Cours de perfectionnement du notariat, 1981, no 127, p. (152).

Le législateur, ne voyant dans le choix de l'une ou l'autre des solutions mises de l'avant rien qui puisse perturber le bon fonctionnement de l'état ou porter atteinte aux valeurs fondamentales d'une société moderne, a jugé bon de laisser aux parents de l'enfant la responsabilité du choix de son nom.⁷⁸

- **L'adoption.** L'adoption, dans la réforme du droit de la famille, est intégrée dans le *Code civil du Québec* et fait l'objet d'une révision en profondeur. Elle perd sa finalité traditionnelle: la légitimation de l'enfant. Le processus d'adoption devient davantage judiciaire à toutes les étapes et le rôle des fonctionnaires diminue. L'intérêt de l'enfant et le respect de ses droits deviennent les motifs déterminants des décisions prises à son sujet, conformément au nouvel article 30 introduit au même moment dans le *Code civil du Bas Canada*⁷⁹.

- **Les grands-parents.** Fait sans précédent dans l'histoire de notre droit civil, le législateur de 1980 adopte une règle pour protéger les relations personnelles de l'enfant avec ses grands-parents. C'est l'article 659 *C.c.Q.*⁸⁰ qui se lit comme suit:

*«Art. 659. Les père et mère ne peuvent sans motifs graves faire obstacle aux relations personnelles de l'enfant avec ses grands-parents.
À défaut d'accord entre les parties, les modalités de ces relations sont réglées par le tribunal.»*

Pour comprendre l'intérêt et la portée de cette règle, il faut avoir en tête que depuis 1969 les époux ont plus facilement accès au divorce. Quant les époux y recourent, quelque chose se brise dans les liens de famille. La situation s'aggrave davantage encore lorsque les époux divorcés forment de nouveaux couples. La présence des grands-parents de l'enfant né d'un mariage précédent n'est donc plus toujours bienvenue. D'où l'importance de cette règle pour le meilleur intérêt de l'enfant.

- **Les concubins.** La réforme du droit de la famille de 1980 a amené aussi le législateur à lever les interdictions qui pesaient jusque-là sur les concubins, c'est-à-dire sur ceux et celles qui vivaient comme conjoints en dehors des liens du mariage. L'article 768 *C.c.B.C.*, en plus de tenir pour suspects les concubins, leur interdisait de façon formelle de se faire des donations entre vifs qui dépassaient les besoins alimentaires. Cet article a été abrogé⁸¹.

78. *Supra*, note 65.

79. Devenu art. 33 *C.c.Q.* (1994).

80. Devenu art. 611 *C.c.Q.* (1994).

81. L.Q. 1980, c. 39, art. 35.

Les concubins sont dorénavant placés sur le même pied que l'ensemble des citoyens pour ce qui concerne les arrangements qu'ils peuvent faire entre eux. Toutefois, le législateur n'est pas allé jusqu'à leur reconnaître la qualité d'époux ni les faire bénéficier des avantages qui découlent du mariage.

Nous nous sommes arrêtés longuement sur ce volet de la réforme en raison des répercussions qu'elle a dans notre vie de tous les jours. Cette réforme est porteuse de valeurs nouvelles dont certaines traduisent la pluralité de notre société. Elle est aussi porteuse d'espoir pour bon nombre de personnes qui jadis avaient été mises au ban de la société. D'autres, il faut bien le reconnaître, s'inquiètent de cette évolution.

Après cette réforme du droit de la famille, il faudra patienter jusqu'en 1987 avant que le *Code civil du Québec*, institué au début des années 1980, ne connaisse d'autres développements d'importance.

En effet, ce n'est que le 15 avril 1987 que l'Assemblée nationale adopte la *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens*⁸². Conformément au plan déjà soumis par l'Office de révision du *Code civil*, le *Code civil du Québec* consacrera son LIVRE PREMIER aux personnes⁸³, son LIVRE TROISIÈME aux successions⁸⁴ et son LIVRE QUATRIÈME aux biens⁸⁵.

Toutefois, à la différence du LIVRE DEUXIÈME consacré à la famille qui est entré en vigueur les 2 avril 1981 et 1er décembre 1982, sous réserve de certaines dispositions qui posaient problème au plan constitutionnel, les LIVRES PREMIER, TROISIÈME ET QUATRIÈME portant réforme du droit des personnes, des successions et des biens resteront en attente, malgré leur adoption en 1987, et ce jusqu'à l'adoption et l'entrée en vigueur d'une loi nouvelle sur l'application de la réforme du *Code civil*⁸⁶. Cette loi n'est entrée en vigueur que le 1er janvier dernier (1994).

Le gouvernement avait alors décidé de poursuivre la réforme du *Code civil* en échelonnant l'adoption de ses différentes parties, mais d'en retarder l'entrée en vigueur jusqu'à ce que la réforme soit complétée. Ce qui, toutefois, n'a pas empêché le législateur de mettre en vigueur certaines de ces réformes avant le

82. L.Q. 1987, c. 18, *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens*.

83. Articles 1 à 399 *C.c.Q.*, devenus articles 1 à 364 *C.c.Q.* (1994).

84. Articles 660 à 940 *C.c.Q.*, devenus articles 613 à 898 *C.c.Q.* (1994).

85. Articles 941 à 1411 *C.c.Q.*, devenus articles 899 à 1370 *C.c.Q.* (1994).

86. *Supra*, note 82, art. 3: La présente loi entrera en vigueur à la date ou aux dates fixées par le Gouvernement, conformément à une loi sur l'application de la réforme du *Code civil*.

1er janvier 1994, en procédant par des modifications apportées au *Code civil du Bas Canada*, notamment en 1989⁸⁷.

Nous examinerons sommairement certains éléments de cette réforme sur les personnes, les successions et les biens, en tenant compte de ces modifications qui ont été apportées au *Code civil du Bas Canada* en 1989 de même que lors de l'intégration de l'ensemble de la réforme dans le nouveau *Code civil du Québec* en 1991⁸⁸.

2. la réforme du droit des personnes (LIVRE PREMIER)

La personne a pris une importance particulière dans notre société, au cours des dernières décennies, notamment en raison du développement des chartes des droits de la personne. Le nouveau *Code civil* n'a pas échappé à ce mouvement. Ainsi, pour donner quelques exemples:

- **Les soins de santé.** La règle du *Code civil* vient ici conférer un poids juridique à la pratique médicale. Nul ne peut être soumis sans son consentement à des soins quelle qu'en soit la nature, qu'il s'agisse d'examens, de prélèvements, de traitements ou de toute autre intervention⁸⁹, sous réserve de certains cas d'urgence⁹⁰.

Dans le cas d'un mineur, le consentement est donné par le titulaire de l'autorité parentale ou par le tuteur, sous réserve que le mineur de 14 ans et plus peut consentir seul à ces soins. Il n'a pas non plus à aviser ses parents de ces soins ni à les informer de son hospitalisation dans un établissement de santé ou de services sociaux s'il y reste 12 heures ou moins⁹¹. La confidentialité des révélations du mineur est ainsi pleinement protégée face à l'autorité parentale. À l'arrière plan de cette évolution on retrouve notamment le problème des MTS, de l'AVORTEMENT et de la NARCOMANIE. De quoi faire réfléchir.

Dans le cas d'un majeur inapte à consentir à ces soins, le consentement est donné par son mandataire, son tuteur, son curateur ou, à défaut, par son conjoint et, au besoin, par un proche parent ou par une personne qui démontre pour le majeur un intérêt particulier⁹².

87. L.Q. 1989, c.54, *Loi sur le curateur public et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives* et L.Q. 1989, c. 55; *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*.

88. *Supra*, note 23.

89. Art. 11 *C.c.Q.*, devenu art. 19.1 *C.c.B.C.* et devenu art. 11 *C.c.Q.* (1994).

90. Art. 12 *C.c.Q.*, devenu art. 13 *C.c.Q.* (1994).

91. Art. 13 *C.c.Q.*, devenu art. 14 *C.c.Q.* (1994).

92. Art. 14 *C.c.Q.*, devenu art. 19.2 *C.c.B.C.* et devenu art. 15 *C.c.Q.* (1994).

- **La réputation et la vie privée.** Le *Code civil du Bas Canada* ne contenait aucune disposition concernant le respect de la réputation et de la vie privée. Le *Code civil du Québec*, conformément à La Charte des droits et libertés de la personne⁹³ et de la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*⁹⁴ réaffirme ce principe et en aménage l'exercice. Ainsi, l'article 36 C.c.Q.⁹⁵ stipule:

«Peuvent être notamment considérés comme des atteintes à la vie privée d'une personne les actes suivants:
 1- *Pénétrer chez elle ou y prendre quoi que ce soit;*
 2- *Intercepter ou utiliser volontairement une communication privée;*
 3- *Capter ou utiliser son image ou sa voix lorsqu'elle se trouve dans des lieux privés;*
 4- *Surveiller sa vie privée par quelque moyen que ce soit;*
 5- *Utiliser son nom, son image, sa ressemblance ou sa voix à toute autre fin que l'information légitime du public;*
 6- *Utiliser sa correspondance, ses manuscrits ou ses autres documents personnels.»*

Toute personne peut en outre exercer un contrôle sur ceux qui constituent un dossier sur elle, en contestant l'intérêt qu'ils ont à le faire⁹⁶, en ayant accès aux renseignements qu'il contient⁹⁷ et en faisant corriger ou supprimer, selon le cas, ces renseignements.

- **Le mandat donné dans l'éventualité de l'incapacité du mandant.** Le majeur qui devient inapte à assurer la protection de sa personne, l'administration de son patrimoine et, en général, l'exercice de ses droits civils, bénéficie d'un régime de protection légale variable selon son degré d'incapacité⁹⁸.

Le majeur peut aussi, dans l'éventualité de son incapacité, choisir lui-même un mandataire à qui il confèrera un pouvoir plus ou moins étendu relativement à la protection de sa personne, à l'administration de son patrimoine et, en général, à son bien-être moral et matériel⁹⁹. L'exécution de ce mandat, toutefois, est subordonnée à la survenance de l'incapacité et à l'homologation par le tribunal, sur demande du mandataire désigné dans l'acte¹⁰⁰. C'est pourquoi le requérant devra faire la preuve de l'existence du mandat, de l'aptitude du mandant au moment de sa signature, et de la survenance de l'incapacité au

93. L.R.Q., c. C-12, articles 4 et 5.

94. L.R.Q., c. A-2.1

95. Devenu art. 36 C.c.Q. (1994).

96. Art. 37 C.c.Q., devenu art. 37 C.c.Q. (1994).

97. Art. 38 C.c.Q., devenu art. 37 C.c.Q. (1994).

98. Art. 280 et ss. C.c.Q., devenus art. 325 et ss. C.c.B.C. et devenus art. 256 et ss. C.c.Q. (1994).

99. Art. 1701.1 C.c.B.C., devenu art. 2131 C.c.Q. (1994).

100. Art. 1731.3 C.c.B.C., devenu art. 2166 C.c.Q. (1994).

moyen d'évaluations médicale et psychosociale. Ce mandat, comme on le voit, est entouré de formalités strictes en raison même des conséquences qu'il entraîne pour le mandant.

Enfin, ce mandat, s'il est général, permet d'éviter l'ouverture d'un régime de protection pour le compléter¹⁰¹. En revanche, il faut bien peser les conséquences d'un mandat général avant d'y consentir.

- La tutelle légale des parents. Désormais, les père et mère, majeurs ou émancipés, deviennent de plein droit tuteurs de leur enfant mineur ou de leur enfant conçu qui n'est pas encore né. Ils évitent ainsi les formalités et les coûts pour se faire nommer tuteur par le tribunal lorsque la situation l'exige¹⁰².

Les père et mère peuvent même, en prévision de leur décès, choisir valablement par testament un tuteur à leur enfant mineur. Ils peuvent aussi y procéder par une déclaration en ce sens transmise au curateur public¹⁰³.

Ce sont là des règles nouvelles qui tranchent sur le droit antérieur. On reconnaît ainsi que les père et mère sont mieux placés que quiconque pour veiller aux intérêts de leur enfant mineur.

- Le directeur de l'état civil. Après des siècles où les ministres du Culte étaient pratiquement les seuls, sous réserve de certains autres fonctionnaires dûment autorisés, à dresser les actes de l'état civil et à tenir les registres, le Québec procède à la laïcisation complète du régime de l'état civil. Ce sera désormais au seul directeur de l'état civil qu'il faudra s'adresser pour enregistrer une naissance, un mariage ou un décès. Ce dernier sera seul habilité à dresser les actes de l'état civil et à les modifier, à tenir le registre de l'état civil, à le garder et à en assurer la publicité¹⁰⁴. Ce sera à lui aussi qu'il faudra s'adresser pour obtenir une copie, un certificat ou une attestation d'actes de l'état civil antérieurs à l'entrée en vigueur de cette loi.

Depuis les origines de notre pays, les différentes églises étaient chargées par l'État de cette responsabilité. À la fin de chaque année civile, elles transmettaient l'un des registres qu'elles tenaient en double au protonotaire du district judiciaire dans lequel elles oeuvraient. Peu nombreuses au début, les confessionnalités religieuses se sont multipliées depuis un demi siècle et les points de services ont été portés à plus de 5,000 selon les estimations du ministère de la Justice¹⁰⁵. Un système aussi décentralisé ne permettait plus de s'assurer de la qualité, de l'authenticité et de la disponibilité requises de ces actes

101. Art. 1731.5 C.c.B.C., devenu art. 2169 C.c.Q. (1994).

102. Art. 208 C.c.Q., devenu art. 192 C.c.Q. (1994).

103. Art. 216 C.c.Q., devenu art. 200 C.c.Q. (1994).

104. Art. 111 C.c.Q., devenu art. 103 C.c.Q. (1994).

105. *Op. cit.*, note 26, p.79.

si importants pour l'exercice quotidien de nos droits civils et politiques. On peut comprendre l'État d'avoir procédé à cette réforme. On s'étonne même qu'il n'y ait pas procédé avant.

3. la réforme du droit des successions (LIVRE TROISIÈME)

Plusieurs innovations ont été apportées par le législateur dans le domaine des successions. Quelques-unes sont entrées en vigueur en 1989. La plupart ne sont entrées en vigueur que le 1^{er} janvier 1994. Nous attirons votre attention sur quelques-unes d'entre elles.

- **La survie de l'obligation alimentaire.** Généralement l'obligation alimentaire n'était pas transmissible aux héritiers. Elle s'éteignait avec le décès de son débiteur. Le législateur a jugé utile de renverser cette règle¹⁰⁶ de façon à protéger les créanciers alimentaires que sont principalement le conjoint et les enfants, notamment dans le cas où le défunt léguerait tous ses biens, à son décès, à d'autres personnes, privant ainsi son conjoint et ses enfants de ressources pourtant nécessaires. Ces mesures sont entrées en vigueur en 1989¹⁰⁷.

- **La responsabilité limitée des héritiers.** Autrefois, l'héritier qui acceptait purement et simplement une succession, sans au préalable s'assurer du poids des dettes laissées par rapport au poids des biens reçus, s'exposait à devoir payer les dettes de la succession à même ses biens personnels si celles-ci dépassaient la valeur de l'actif. Cette règle du droit antérieur¹⁰⁸ a été modifiée dans les termes suivants: Ils (les héritiers) ne sont pas, sauf les exceptions prévues au présent livre, tenus des obligations du défunt au-delà de la valeur des biens qu'ils recueillent et ils conservent le droit de réclamer de la succession le paiement de leurs créances¹⁰⁹.

- **Le liquidateur de la succession.** Le droit antérieur prévoyait, depuis la codification de 1866, la possibilité pour un testateur de nommer, pour l'exécution de son testament, un ou plusieurs exécuteurs testamentaires à qui il pouvait donner des pouvoirs plus ou moins étendus. À défaut, l'exécution du testament demeurait entièrement à la charge de l'héritier ou du légataire qui recueillait la succession¹¹⁰.

Le droit nouveau uniformise le régime de règlement d'une succession par la mise en place d'un liquidateur pour toute succession, même non testamentaire.

106. Art. 607.1 et ss. *C.c.B.C.*, devenus art. 684 et ss. *C.c.Q.* (1994).

107. L.Q. 1989, c. 55, *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*.

108. Art. 607 *C.c.B.C.*

109. Art. 672 *C.c.Q.*, devenu art. 625 *C.c.Q.* (1994).

110. Art. 905 et ss. *C.c.B.C.*

Ainsi, la charge de liquidateur incombe dorénavant de plein droit aux héritiers, à moins d'une disposition testamentaire contraire¹¹¹.

Toutefois, les héritiers peuvent, d'un commun accord, liquider la succession sans suivre les règles prescrites pour la liquidation, lorsque la succession est manifestement solvable¹¹². Le législateur a introduit cette souplesse. Mais il y a un prix à payer. Les héritiers seront, en conséquence de cette décision, tenus au paiement des dettes de la succession sur leur patrimoine propre, au-delà même de la valeur des biens qu'ils recueillent¹¹³. Ils perdront ainsi le bénéfice d'une responsabilité limitée à la valeur des actifs reçus.

- **Les attributions préférentielles.** La règle antérieure en matière de partage des biens de la succession voulait que l'on maintienne l'égalité entre les copartageants¹¹⁴, sous réserve, depuis le 2 avril 1981¹¹⁵, du droit du conjoint survivant d'exiger que l'on place par préférence dans son lot la résidence familiale et les meubles qui sont affectés à l'usage du ménage, ainsi que tout autre bien à caractère familial faisant partie de la masse à partager.

La réforme du droit des successions a non seulement retenu ce cas d'attribution préférentielle en faveur du conjoint survivant¹¹⁶, mais elle en a introduit deux autres: l'un, sous réserve du droit du conjoint, en faveur de l'héritier pour l'immeuble qui servait de résidence au défunt, s'il y résidait lui-même¹¹⁷; l'autre en faveur de l'héritier qui participait activement à l'exploitation de l'entreprise, au temps du décès, pour ce qui est de l'entreprise, des parts sociales, actions ou autres valeurs mobilières liées à l'entreprise¹¹⁸.

4. la réforme du droit des biens (LIVRE QUATRIÈME)

Les biens ont toujours occupé une place importante dans la vie des gens. On n'a qu'à penser à certaines situations qui confrontent leurs propriétaires: les expropriations, les indivisions, les rapports de voisinages, les empiètements et plus concrètement le bornage, les eaux, les vues, les arbres, les passages, les clôtures, etc. Il ne faut dès lors pas trop se surprendre que le nouveau *Code civil* consacre près de cinq cents articles à leur réglementation.

111. Art. 823 *C.c.Q.*, devenu art. 785 *C.c.Q.* (1994).

112. Art. 779 *C.c.Q.* (1994).

113. *Id.*

114. Art. 697 et ss. *C.c.B.C.*

115. Art. 515 *C.c.Q.*, devenu art. 482 *C.c.Q.* (1994).

116. Art. 898 *C.c.Q.*, devenu art. 856 *C.c.Q.* (1994).

117. Art. 899 *C.c.Q.*, devenu art. 857 *C.c.Q.* (1994).

118. Art. 900 *C.c.Q.*, devenu art. 858 *C.c.Q.* (1994).

La propriété, lors de la codification de 1866, était définie comme le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par la loi et les règlements.¹¹⁹

Cette conception de la propriété, dans le nouveau *Code civil*, a été assouplie. Il fallait tenir compte du développement, ces dernières années, des plans d'aménagement du territoire, d'urbanisme, de zonage, de même que des nouvelles modalités de la propriété que constituent notamment la copropriété par indivision¹²⁰, la copropriété divise d'un immeuble¹²¹ et la propriété superficière¹²².

Le *Code civil du Québec*, tenant compte de ces restrictions et de ces aménagements nouveaux de la propriété, définit avec plus de réalisme la propriété comme étant le droit d'user, de jouir et de disposer librement et complètement d'un bien, sous réserve des limites et des conditions fixées par la loi. Elle est susceptible de modalités et de démembrements.¹²³

Le législateur a introduit dans ce LIVRE QUATRIÈME sur les biens plusieurs innovations. Nous nous contenterons d'en porter quelques-unes à votre attention qui, à notre avis, sont susceptibles de connaître un important développement au cours des prochaines années. Il en est ainsi de:

- **L'indivision conventionnelle** qui permet de répondre aux désirs de nombreux citoyens de recourir à ce moyen pour acheter ou conserver un bien en commun, notamment un immeuble résidentiel ou commercial, afin de réaliser des économies tant sur le coût d'achat ou d'entretien du bien que sur son coût d'exploitation¹²⁴.

Un cadre légal a été aménagé pour l'exercice de ce droit. Et, contrairement au droit ancien, les indivisaires peuvent dorénavant convenir de reporter le partage éventuel du bien à l'expiration d'une durée maximale de trente ans, renouvelable selon les circonstances¹²⁵.

- **La fondation**, davantage connue et répandue dans les milieux anglophones canadiens, qui permet à un donateur ou à un testateur d'affecter, de façon durable et même à perpétuité, un capital ou un patrimoine à la réalisation

119. Art. 406 *C.c.B.C.*

120. Articles 1049 à 1076 *C.c.Q.*, devenus articles 1012 à 1037 *C.c.Q.* (1994).

121. Articles 441b et ss. *C.c.B.C.*, devenus articles 1077 à 1149 *C.c.Q.* et devenus articles 1038 à 1109 *C.c.Q.* (1994).

122. Articles 1150 à 1160 *C.c.Q.*, devenus articles 1110 à 1118 *C.c.Q.* (1994).

123. Art. 987 *C.c.Q.*, devenu art. 947 *C.c.Q.* (1994).

124. *Op. cit.*, note 26, p. 591.

125. Art. 1052 *C.c.Q.*, devenu art. 1013 *C.c.Q.* (1994).

d'une fin de bienfaisance ou d'intérêt général, à caractère philanthropique, éducatif, culturel ou social¹²⁶. Cette fondation ne peut avoir pour objet essentiel la réalisation d'un bénéfice ni l'exploitation d'une entreprise.¹²⁷

- **La fiducie**, enfin, dont le champ d'application est considérablement élargi pour englober les fiducies constituées tant à des fins personnelles qu'à des fins d'utilité privée ou sociale¹²⁸.

La fiducie personnelle est constituée à titre gratuit, dans le but de procurer un avantage à une personne déterminée ou qui peut l'être.¹²⁹

La fiducie d'utilité privée est celle qui a pour objet l'érection, l'entretien ou la conservation d'un bien corporel, ou l'utilisation d'un bien affecté à un usage déterminé, soit à l'avantage indirect d'une personne ou à sa mémoire, soit dans un autre but de nature privée.¹³⁰

La fiducie d'utilité privée peut aussi être constituée à titre onéreux dans le but, notamment, de permettre la réalisation d'un profit au moyen de placements ou d'investissements, de pourvoir à une retraite ou de procurer un autre avantage au constituant ou aux personnes qu'il désigne, aux membres d'une société ou d'une association, à des salariés ou à des porteurs de titre.¹³¹

Enfin, la fiducie d'utilité sociale est celle qui est constituée dans un but d'intérêt général, notamment à caractère culturel, éducatif, philanthropique, religieux ou scientifique. Elle n'a pas pour objet essentiel de réaliser un bénéfice ni d'exploiter une entreprise.¹³²

Par les définitions englobantes que le législateur donne de ces différentes espèces de fiducies reconnues dans le *Code civil du Québec*, on est en droit de s'attendre à ce que cette institution connaisse, en effet, un important développement au cours des prochaines années.

Voilà, en bref, les grandes orientations qui se dégagent des LIVRES PREMIER sur les personnes, DEUXIÈME sur la famille, TROISIÈME sur les successions et QUATRIÈME sur les biens qui composaient, au 15 avril 1987, le *Code civil du Québec* institué depuis le 19 décembre 1980¹³³. Ce code

126. *Op. cit.*, note 26, p. 742.

127. Art. 1296 C.c.Q., devenu art. 1256 C.c.Q. (1994).

128. Art. 1305 C.c.Q., devenu art. 1266 C.c.Q. (1994).

129. Art. 1306 C.c.Q., devenu art. 1267 C.c.Q. (1994).

130. Art. 1307 C.c.Q., devenu art. 1268 C.c.Q. (1994).

131. Art. 1308 C.c.Q., devenu art. 1269 C.c.Q. (1994).

132. Art. 1309 C.c.Q., devenu art. 1270 C.c.Q. (1994).

133. *Supra*, note 60.

comprenait alors 1411 articles dont quelques centaines seulement sont entrés en vigueur.

Après le 15 avril 1987, aucun autre LIVRE ne sera ajouté à ce code pour le compléter. Depuis son institution en 1980, toutefois, ce *Code civil du Québec* aura été modifié à six reprises¹³⁴ avant son remplacement, le 1er janvier 1994, par un DEUXIÈME *Code civil du Québec*¹³⁵. Les plus retentissantes de ces modifications concernent l'adoption internationale et le patrimoine familial. Nous nous arrêterons un moment sur la notion de patrimoine familial, devenue capitale dans les rapports entre époux.

5. le patrimoine familial (LIVRE DEUXIÈME)

On se souvient de la prestation compensatoire que le législateur avait introduite dans le *Code civil du Québec*¹³⁶ par sa *Loi de 1980*¹³⁷. On fondait beaucoup d'espoir sur cette *Loi* pour en arriver à corriger une situation d'injustice entre les époux quand l'un s'enrichissait au détriment de l'autre, le plus souvent lorsque l'un faisait un travail rémunéré à l'extérieur du foyer et l'autre sans rémunération à l'intérieur du foyer.

L'interprétation qu'en a donnée la Cour d'Appel du Québec en 1985, dans une affaire qui a beaucoup retenu l'attention, n'a pas permis à cette institution de jouer tout le rôle qu'on en attendait. Peut-être était-on trop optimiste?

Résumons les principaux faits de cette affaire. Les époux, alors dans la vingtaine, se sont mariés en 1959 sous le régime de la séparation contractuelle de biens. Les deux possédaient des diplômes. Le mari, un B.A. en sciences et il poursuivait ses études; l'épouse, un brevet B en pédagogie et elle travaillait depuis quatre ans. Après leur mariage, le mari a poursuivi des études à l'étranger durant cinq ans. Deux enfants naissaient de cette union pendant cette période. L'épouse prenait alors soin des enfants tout en contribuant à même ses économies personnelles aux charges du mariage.

134. L.Q. 1982, c. 17, *Loi assurant l'application de la réforme du droit de la famille et modifiant le Code de procédure civile*; L.Q. 1983, c. 50, *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives concernant l'adoption*; L.Q. 1987, c. 44, *Loi concernant l'adoption et modifiant la Loi sur la protection de la jeunesse, le Code civil du Québec et le Code de procédure civile*; L.Q. 1988, c. 17, *Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile en matière familiale*; L.Q. 1989, c. 55, *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*; L. Q. 1990, c. 29, *Loi concernant l'adoption et modifiant le Code civil du Québec, le Code de procédure civile et la Loi sur la protection de la jeunesse*.

135. *Supra*, notes 23 et 24.

136. *Supra*, note 68.

137. *Supra*, note 60.

Après 22 ans de mariage, les époux se séparent. L'épouse possédait un capital d'environ 20,000\$; son mari, 100,000\$. Le juge de première instance accorde à l'épouse une prestation compensatoire de 5,000\$.

La Cour d'Appel renverse majoritairement ce jugement, en refusant notamment de considérer la contribution de l'épouse aux services domestiques comme un apport en services suffisant pour fonder une prestation compensatoire. Le juge dissident, pour sa part, pense qu'il n'y a pas lieu de faire une distinction là où le législateur n'en a pas fait. Le législateur n'ayant pas exclu les services domestiques comme forme d'apport, ils ne doivent pas l'être *a priori*. Ce juge dissident, quant à lui, aurait accordé 25,000\$ à l'épouse au titre de la prestation compensatoire¹³⁸.

Devant cette situation, le législateur a décidé d'intervenir de nouveau¹³⁹. Cette fois, il s'attaque résolument au problème de l'inégalité économique des époux en proposant des dispositions législatives propres à en faire reculer les frontières. Le caractère impératif de ces nouvelles dispositions empêchera les époux de s'y soustraire, même par contrat de mariage.

Ainsi, le législateur introduit en 1989, dans le *Code civil du Québec*, le concept de patrimoine familial formé de certains biens des époux sans égard à celui des deux qui détient un droit de propriété sur ces biens.¹⁴⁰

Entrent dans le patrimoine familial les biens suivants: les résidences de la famille ou les droits qui en confèrent l'usage, les meubles qui les garnissent ou les ornent et qui servent à l'usage du ménage, les véhicules automobiles utilisés pour les déplacements de la famille et les droits accumulés durant le mariage au titre d'un régime de retraite.

Entrent également dans ce patrimoine les gains inscrits durant le mariage au nom de chaque époux, en application de la *Loi sur le régime de rentes du Québec ou de programmes équivalents*.

Sont toutefois exclus du patrimoine familial, si la dissolution du mariage résulte du décès, les gains visés à l'alinéa précédent ainsi que les droits accumulés au titre d'un régime de retraite régi ou établi par une loi qui accorde au conjoint survivant le droit à des prestations de décès.

138. *Droit de la famille-67*, (1985) C.A. 135 à 155.

139. *Supra*, note 107.

140. Articles 462.1 et ss. *C.c.Q.*, devenus articles 414 et ss. *C.c.Q.* (1994).

Sont également exclus du patrimoine familial les biens ci-dessus qui sont échus à l'un des époux par succession ou donation avant ou pendant le mariage.¹⁴¹

Ce patrimoine familial se partage entre les époux ou entre l'époux survivant et les héritiers de l'autre, selon le cas, dans les circonstances suivantes:

En cas de séparation de corps, de dissolution ou de nullité du mariage, la valeur du patrimoine familiale des époux, déduction faite des dettes contractées pour l'acquisition, l'amélioration, l'entretien ou la conservation des biens qui le constituent, est divisée à parts égales entre les époux ou entre l'époux survivant et les héritiers, selon le cas.¹⁴²

Puis, le législateur reconduit le concept de prestation compensatoire introduit dans le *Code civil du Québec*, par sa *Loi du 19 décembre 1980*¹⁴³, sous l'article 559. Il en élargit l'application et consacre toute une section nouvelle à sa réglementation¹⁴⁴, en remplacement de cet article.

Par la combinaison de ces deux institutions, le législateur espérait favoriser davantage l'égalité économique des époux et ainsi répondre aux attentes d'un grand nombre de personnes.

Toutefois, est-il besoin de rappeler que la décision d'appliquer aux époux mariés avant l'entrée en vigueur de cette loi ces nouvelles dispositions relatives au patrimoine familial a soulevé tout un remous. Si bien que le législateur leur a permis de s'y soustraire dans les dix-huit mois de l'entrée en vigueur de la loi, malgré le caractère impératif de ces nouvelles dispositions.¹⁴⁵

L'histoire de ce premier *Code civil du Québec* qui a marqué profondément nos institutions et nos consciences, principalement en matière familiale, se terminera le 31 décembre 1993.

IV- LE DEUXIÈME CODE CIVIL DU QUÉBEC

Le 18 décembre 1991¹⁴⁶, coup de théâtre législatif. Le législateur québécois adopte à l'unanimité un deuxième *Code civil du Québec* qui non seulement remplace le *Code civil du Bas Canada* en vigueur depuis le 1^{er} août

141. Art. 462.2 *C.c.Q.*, devenu art. 415 *C.c.Q.* (1994).

142. Art. 462.3 *C.c.Q.*, devenu art. 416 *C.c.Q.* (1994).

143. *Supra*, note 60.

144. *Supra*, note 68.

145. *Supra*, note 107, art. 42.

146. *Supra*, note 23.

1866, mais aussi le *Code civil du Québec* institué le 19 décembre 1980. Ainsi, dans les dispositions finales, on peut y lire:

«Le présent code remplace le Code civil du Bas Canada adopté par le chapitre 41 des lois de 1865 de la législature de la province du Canada, Acte concernant le Code civil du Bas Canada, tel qu'il a été modifié. Il remplace aussi l'article premier du chapitre 39 des lois de 1980, Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille, tel qu'il a été modifié, ainsi que le chapitre 18 des lois de 1987, Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens.»

Ce nouveau *Code civil du Québec* est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994. Il comprend les quatre LIVRES du premier *Code civil du Québec* auquel on a ajouté six autres LIVRES selon le plan de division proposé par l'Office de révision du *Code civil*¹⁴⁷, à une exception près: on a détaché la matière des sûretés réelles du LIVRE des biens pour en faire un LIVRE distinct intitulé *Des priorités et des hypothèques*.

On est désormais en présence d'un *Code civil* complet. La date de son adoption et de sa sanction, le 18 décembre 1991, de même que la date de son entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1994, sous réserve de certaines dispositions, constituent sans doute des dates importantes quand il s'agit de situer dans le temps l'ensemble de cette réforme et de s'y référer. A cet égard, la date du 1^{er} août 1866 nous a bien servis pour ce qui est du *Code civil du Bas Canada*. Espérons qu'il en sera de même pour le 1^{er} janvier 1994 à l'égard de ce deuxième *Code civil du Québec*.

Cette raison de postérité, cependant, ne doit pas nous priver des avantages de tous les débats parlementaires qui ont entouré les réformes précédentes introduites dans le premier *Code civil du Québec* institué en 1980, même si la majorité des 1411 articles qu'il contient ne sont jamais entrés en vigueur après leur adoption. Ces débats peuvent servir à mieux faire comprendre le contenu de ce deuxième *Code civil*, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994, qui les a cependant tous récupérés avec ou sans modification.

À cet égard, on peut se demander pourquoi le ministre de la Justice n'a pas cité les articles du premier *Code civil du Québec* comme source du nouveau *Code civil* adopté en 1991, alors qu'il cite systématiquement le rapport de l'Office de Révision du *Code civil* qui constitue une source utile, certes, mais plus éloignée¹⁴⁸.

147. *Op. cit.*, note 1.

148. *Op. cit.*, note 26.

D'autre part, on ne peut sous-estimer la confusion et les difficultés engendrées par le choix du législateur de remplacer le *Code civil du Québec*, qu'il avait lui-même institué en 1980, par un nouveau *Code civil du Québec*, le deuxième. En effet, l'existence de deux Codes civils du Québec, entrés en vigueur successivement dans une période de temps si courte de notre histoire législative, n'est pas sans créer de problèmes de référence. Pourquoi ne pas avoir tout simplement complété le *Code civil du Québec* institué en 1980 en y ajoutant les LIVRES manquants?

Depuis le 19 décembre 1980 et ce jusqu'au 1er janvier 1994, le législateur, les tribunaux, les auteurs et les éditeurs, pour ne mentionner que ceux-là, ont toujours cité, avec raison d'ailleurs, le premier *Code civil du Québec* par les lettres *C.c.Q.* pour le bien distinguer du *Code civil du Bas Canada* autrefois désigné par les seules lettres *C.c.* et désormais par les lettres *C.c.B.C.* Ainsi, pendant près d'une quinzaine d'années, on a désigné le *Code civil du Québec* sans référence systématique à 1980, date de son institution. La raison en est simple. Il n'y avait alors qu'un seul *Code civil du Québec*. La confusion ne pouvait donc exister.

C'est pourquoi la suggestion de SOQUIJ¹⁴⁹ de réserver plutôt le sigle de *C.c.Q.* pour désigner le *Code civil du Québec* en vigueur depuis le 1er janvier 1994, et *C.c.Q.* (1980) pour désigner le premier *Code civil du Québec*, n'est pas à l'abri de toute confusion ou difficulté, à moins de refaire le passé. Nous avons été en mesure de mesurer certaines de ces difficultés dans la préparation de ce texte. Les notes de bas de page portant notamment les numéros 65, 68, 89 et 92 illustrent bien la situation à laquelle nous avons été confrontés à cet égard.

Compte tenu de toutes ces circonstances, ne serait-il pas plus simple maintenant de respecter le passé de la réforme de notre *Code civil* tel qu'il s'est présenté? Ainsi, le premier *Code civil du Québec*, institué en 1980, qui a compté jusqu'à 1411 articles continuerait à être désigné sous le sigle *C.c.Q.* comme il l'a toujours été sans mention de sa date d'adoption. Alors que le nouveau *Code civil du Québec* en vigueur depuis le 1er janvier 1994 pourrait être désigné, du moins pendant un certain temps, sous le sigle *C.c.Q.* (1994) pour le distinguer du premier. On éviterait ainsi d'avoir à refaire tout le système de référence et de repérage. Tous, initiés comme non initiés, pourraient plus facilement s'y retrouver.

Puis, la référence aux nombreux articles du *Code civil du Québec* adoptés en 1987¹⁵⁰ et qui ne sont jamais entrés en vigueur pose aussi problème. Les éditions privées ne reproduisent, à notre connaissance, que les articles en

149. *EN LIGNE*, (publication de SOQUIJ) vol. 4, no 3, NOVEMBRE 1993.

150. *Supra*, note 82.

vigueur du *Code civil du Québec* institué en 1980 et non les 1411 qui ont bel et bien été adoptés et sanctionnés depuis. Et pourtant on est susceptible de s'y référer à l'occasion.

Les annuaires de jurisprudence et de doctrine du Québec ont commencé à le faire depuis l'année 1991. Dans l'avenir, on y référera sans doute davantage. Où les trouvera-t-on? Pourquoi pas une édition complète du premier *Code civil du Québec* institué en 1980, comprenant les 1411 articles adoptés, et conçue de manière à ce qu'on distingue facilement les articles entrés en vigueur des autres qui ne l'ont pas été? La consultation et la recherche seraient ainsi rendues plus accessibles. Ce premier *Code civil du Québec* n'est-il pas devenu par la force de l'histoire une source importante d'une partie du nouveau *Code civil du Québec* entré en vigueur le 1er janvier 1994?

Ce nouveau *Code civil du Québec*, entré en vigueur le 1er janvier 1994, comporte six autres LIVRES, comme nous l'avons précédemment indiqué, consacrés aux matières suivantes: LIVRE CINQUIÈME - Des obligations, LIVRE SIXIÈME - Des priorités et des hypothèques, LIVRES SEPTIÈME - De la preuve, LIVRE HUITIÈME - De la prescription, LIVRE NEUVIÈME - De la publicité des droits et LIVRE DIXIÈME - Du droit international privé.

Nous n'aborderons pas, dans le cadre de cet article, le contenu des réformes proposées dans ces LIVRES. Qu'il nous soit simplement permis, en terminant cet exposé sur l'histoire de la réforme du *Code civil au Québec*, d'attirer votre attention sur deux points qui traduisent l'esprit avec lequel le législateur d'aujourd'hui a abordé le problème des relations économiques entre les personnes, et l'innovation dont il a su faire preuve dans la modernisation des moyens de financement.

6. la réforme du droit des obligations (LIVRE CINQUIÈME)

- **L'atténuation du principe de la liberté contractuelle.** Le législateur moderne fait encore du principe de la liberté contractuelle la véritable clé de voûte de l'ensemble des relations économiques qui s'établissent entre les personnes. Il reprend à peu près dans les mêmes termes le principe de la force obligatoire du contrat énoncé dans le *Code civil du Bas Canada*¹⁵¹:

«Le contrat valablement formé oblige ceux qui l'ont conclu non seulement pour ce qu'ils y ont exprimé, mais aussi pour tout ce qui en découle d'après sa nature et suivant les usages, l'équité ou la loi.»

151. Art. 1024 C.c.B.C., devenu art. 1434 C.c.Q. (1994).

Ce principe fondamental sur lequel repose encore le contrat, après le 1er janvier 1994, s'insère toutefois dans une philosophie nouvelle axée, précise le ministre de la Justice¹⁵², sur un meilleur équilibre entre les parties contractantes et la recherche d'une justice contractuelle meilleure.

Dans le *Code civil*, cet esprit nouveau se traduira notamment, poursuit le ministre, par la reconnaissance implicite d'une obligation générale d'information à la charge des parties contractantes, la réglementation des clauses externes, illisibles ou incompréhensibles et des clauses abusives dans les contrats d'adhésion ou de consommation, et la révision des règles d'interprétation de ces contrats dans un sens plus favorable à l'adhérent et au consommateur. On notera aussi l'introduction de la réduction des obligations comme sanction alternative à la nullité du contrat et le décloisonnement des relations contractuelles en faveur de la transmission, aux ayants cause à titre particulier d'une partie contractante, des droits leur résultant du contrat¹⁵³.

En définitive, on encadre davantage qu'en 1866 l'exercice de la liberté contractuelle. Les dispositions impératives de la loi, de l'ordre public et de la bonne foi sont plus nombreuses et omniprésentes dans la vie du contrat. L'esprit de protection du consommateur qui s'est principalement développé chez nous en dehors du *Code civil*, depuis 1971¹⁵⁴, a fini par gagner du terrain dans le nouveau *Code civil du Québec*¹⁵⁵.

7. la réforme du droit des sûretés (LIVRE SIXIÈME)

- L'intégration et la modernisation des sûretés réelles dans le concept d'hypothèque. Le législateur a procédé à un regroupement des sûretés, et elles étaient devenues fort nombreuses avec le temps, sous le concept d'hypothèque. Le principal résultat de cette uniformisation, précise l'Office de Révision du *Code Civil* qui en avait fait la recommandation¹⁵⁶, était de conférer aux titulaires de sûretés réelles des droits et des recours semblables, quelle que soit la source ou la cause de leur droit. Ce projet s'inscrit, poursuit l'Office, dans le mouvement de réforme qui a balayé les États-Unis et qui s'étend maintenant au Canada; il n'est d'ailleurs pas étranger à la tradition civiliste.

Cette uniformisation des sûretés dans le nouveau *Code civil*, toutefois, ne va pas aussi loin que la proposition de l'Office de Révision du *Code Civil* le souhaitait. En effet, elle maintient en parallèle d'autres techniques contractuelles

152. *Op. cit.*, note 26, p. 834.

153. *Id.*

154. L.Q. 1971, c. 74, *Lois de la protection du consommateur*.

155. Notamment les articles 1384, 1432, 1435, 1436, 1437, 1469, etc. *C.c.Q.* (1994).

156. *Op. cit.*, note 1, Vo. II, Commentaires, tome 1, 1977, Éditeur officiel du Québec, p.350.

poursuivant des buts semblables, telles la vente à tempérament¹⁵⁷, la vente avec faculté de rachat¹⁵⁸, etc.

La modernisation s'est également fait sentir dans l'implantation d'un régime de l'hypothèque mobilière sans dépossession. L'idée première d'un régime universel ouvert à toutes les personnes sans distinction a reculé en raison des dangers que l'on y a vus pour le consommateur. Si bien que, même si le principe en est reconnu dans le nouveau *Code civil du Québec*¹⁵⁹, l'hypothèque mobilière sans dépossession n'est présentement accessible que pour une personne qui exploite une entreprise et que dans la mesure où il s'agit de grever les biens de l'entreprise. Dans les autres cas, il faudra attendre l'adoption et l'entrée en vigueur d'une loi nouvelle en régissant les conditions et les formes. C'est peut-être plus prudent ainsi, même si la province voisine de l'Ontario marque une avance à cet égard.

CONCLUSION

Après quarante ans de réflexion et de travail, parfois mêlés de tergiversations, le Québec s'est enfin doté d'un *Code civil* moderne, en remplacement de celui qui, cent vingt-huit ans auparavant, lui avait permis de consolider à tout jamais son héritage civiliste français. Peu ou pas de pays, à notre connaissance, ont réussi mieux en moins de temps. Il faut savoir aujourd'hui en être fier, même si, dès la première analyse des dispositions de ce *Code*, des ombres surgissent déjà fort nombreuses.

Le dernier mot n'est pourtant pas dit. Il appartient maintenant à chacun d'exercer une vigilance critique pour éviter de le laisser vieillir et tomber en désuétude. Portalis avait bien raison de dire, il y a deux siècles, lors de la présentation du projet de *Code civil français*:

«Un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé, que mille questions inattendues viennent s'offrir au magistrat. Car les lois, une fois rédigées, demeurent telles qu'elles ont été écrites. Les hommes, au contraire, ne se reposent jamais; ils agissent toujours: et ce mouvement, qui ne s'arrête pas, et dont les effets sont diversement modifiés par les circonstances, produit, à chaque instant, quelque combinaison nouvelle, quelque nouveau fait, quelque nouveau résultat. Une foule de choses sont donc nécessairement abandonnées à l'empire de l'usage, à la discussion des hommes instruits, à l'arbitrage des juges¹⁶⁰».

157. Articles 1745 et ss. *C.c.Q.* (1994).

158. Articles 1750 et ss. *C.c.Q.* (1994).

159. Art. 2683 *C.c.Q.* (1994).

160. P.A. Fenet, *op. cit.*, note 2, p. 469.

On a heureusement créé, peu après l'adoption du nouveau *Code civil du Québec*, l'Institut québécois de réforme du droit¹⁶¹ que l'on a chargé de veiller à ce que nos lois, et particulièrement notre *Code civil*, ne sombre pas dans l'immobilisme, l'incohérence et encore moins dans la désuétude. Il nous reste à espérer que cet Institut connaîtra le jour et exercera la vigilance qu'on attend de lui, et que le législateur se montrera sensible à ses recommandations, pour empêcher que notre *Code civil* ne présente à nouveau des «visages multiples et discordants»¹⁶² susceptibles de remettre en cause sa capacité à favoriser le développement de la société.

161. L.Q. 1992, c. 43, *Loi sur l'Institut québécois de réforme du droit*, sanctionnée le 23 juin 1992 mais non encore proclamée en vigueur.

162. *Op. cit.*, note 1, p.XXVIII.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LA GESTION D'AFFAIRES INOPORTUNE, L'INDEMNISATION DU
FAUX GÉRANT, ET LA PORTÉE DE L'ARTICLE 1490 « C.c.Q. »

Auteur(s) : Robert P. KOURI
Charlotte LEMIEUX

Revue : RDUS, 1992-1993, volume 23, numéro 2

Pages : 501-518

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13404>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13404>

Page vide laissée intentionnellement.

**LA GESTION D'AFFAIRES INOCCUPUE,
L'INDENNISATION DU FAUX GÉRANT,
ET LA PORTÉE DE L'ARTICLE 1490 C.c.Q.**

par Robert P. KOURI*
Charlotte LEMIEUX**

Les auteurs proposent une analyse de la portée de l'article 1490 du Code civil du Québec, une disposition nouvelle traitant des droits et obligations des parties lorsque la gestion des affaires d'autrui a été entreprise inopportunément. La première partie du commentaire souligne la distinction entre les notions d'opportunité et d'utilité dans le cadre de la gestion d'affaires, tandis que la deuxième partie examine les conséquences juridiques d'une gestion inutile et celles d'une gestion inopportunément entreprise.

The writers seek to analyze article 1490 of the Civil Code of Québec, an innovative provision which deals with the rights and obligations of the parties when the management of the business of another has been inopportunely undertaken. The first part sets out the distinction between the notions of opportuneness and of usefulness as they relate to the management of the business of another, whereas the second part examines the legal consequences of a management which has not been useful for the principal or which was not opportune when it was undertaken.

*. Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

**. Avocate et professeure à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

502 *La gestion d'affaires inopportune,
l'indemnisation du faux gérant,
et la portée de l'article 1490 C.c.Q.* (1993) 23 R.D.U.S.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	503
I - LES NOTIONS D'OPPORTUNITÉ ET D'UTILITÉ EN MATIÈRE DE GESTION D'AFFAIRES	504
II - LES CONSÉQUENCES JURIDIQUES D'UN ACTE DE GESTION INUTILE, ET CELLES D'UNE GESTION INOPORTUNE	511
CONCLUSION	520

INTRODUCTION

Dans l'ensemble, les principes de la théorie générale des obligations semblent avoir échappé aux bouleversements majeurs apportés par la réforme du *Code civil*. Certains y verront un statisme contraignant, d'autres une rassurante démonstration de la pérennité du droit dans ce qu'il a de plus essentiel. La théorie des obligations a su traverser le temps, et se mouler aux changements socio-philosophiques, tout en restant fidèle à sa nature. La prudence de son évolution pourrait sans doute s'expliquer par la vigueur de ses racines, et par la transcendance de ses fondements.

En ce qui concerne plus particulièrement la gestion d'affaires, le ministre de la Justice se fait rassurant quand il affirme, dans ses commentaires sur le *Code civil du Québec*, que «le droit traditionnel de la gestion d'affaires est maintenu pour l'essentiel¹». Pourtant, du même souffle, il reconnaît que certains aspects de cette institution juridique ont fait l'objet de modifications tangibles quant aux droits et obligations du gérant et du géré. À cet égard, il faut souligner deux changements incontournables. Le premier prévoit la possibilité de gérer l'affaire d'autrui même à la connaissance du maître de l'affaire, mais à la condition que ce dernier ne soit ni en mesure de désigner un mandataire, ni d'y pourvoir de quelque autre manière (article 1482 C.c.Q.). Le second, qui nous intéresse davantage et qui fait l'objet de notre commentaire, réside dans le nouvel article 1490 C.c.Q. Cet article établit que «[l]a gestion inopportunément entreprise par le gérant n'oblige le géré que dans la seule mesure de son enrichissement.»

Cette nouveauté, complètement étrangère au *Code civil du Bas-Canada*, soulève plusieurs interrogations que le laconisme parfois déconcertant des commentaires accompagnant le nouveau code ne parvient pas à satisfaire. Du moins ces commentaires, dont la parcimonie tient peut-être à leur élaboration faite *a posteriori*, nous informent-ils que le principe de l'article 1490 s'est inspiré de l'article 111 du livre V du *Projet de Code civil*², lequel se lit comme suit:

«Lorsque son intérêt n'exigeait pas que la gestion fût entreprise, le maître est tenu des mêmes obligations, mais seulement dans la mesure de son enrichissement.»

Malheureusement, les observations de l'Office de Révision du *Code civil* accompagnant le *Projet de Code civil* n'indiquaient ni la source, ni

-
1. Commentaires du Ministre de la Justice, *Le Code civil du Québec*, Québec, Les Publications du Québec, 1993, t. 1, p. 907.
 2. Office de Révision du Code Civil, *Rapport sur le Code civil*, vol. 1, *Projet de Code civil*, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1978.

l'inspiration du texte ainsi proposé. Elles se contentaient de paraphraser l'article en question, tout en ajoutant que le but de la distinction était «d'éviter une trop grande immixtion dans les affaires d'autrui, même par un gérant de bonne foi»³.

Dans le but de comprendre la portée de l'article 1490 C.c.Q., dont la rédaction apparemment simple occulte certaines difficultés de taille, notre réflexion nous amènera d'abord à distinguer les notions d'opportunité et d'utilité, puisque le Code les détache désormais. Nous nous proposons donc de circonscrire leur impact respectif dans le cadre de la gestion des affaires d'autrui. Une fois cette distinction faite, nous allons examiner les conséquences juridiques d'une gestion inutile et celles, différentes, d'une gestion inopportunément entreprise.

I- LES NOTIONS D'OPPORTUNITÉ ET D'UTILITÉ EN MATIÈRE DE GESTION D'AFFAIRES

Il convient d'abord de définir et de préciser la terminologie relative à la gestion d'affaires, puisque les qualificatifs d'«opportun» et d'«utile», souvent employés par la doctrine et la jurisprudence à titre de synonymes, ont été longtemps source d'équivoque sous l'ancien code. Cette confusion, que nous tenions indirectement du droit français, mérite une brève explication historique. En effet, l'article 1046 C.c.B.C. était l'équivalent de l'article 1375 du *Code civil français*, lequel ne distingue pas les deux notions d'opportunité et d'utilité, se contentant d'exiger du gérant qu'il administre bien l'affaire pour se voir rembourser les dépenses utiles ou nécessaires engagées par lui:

«Le maître dont l'affaire a été bien administrée, doit remplir les engagements que le gérant a contractés en son nom, l'indemniser de tous les engagements personnels qu'il a pris, et lui rembourser toutes les dépenses utiles ou nécessaires qu'il a faites.»

Les auteurs français ont développé à partir de cette disposition, et même si leur code ne le mentionnait pas spécifiquement, la nécessité de l'opportunité de la gestion. Ils ont vu dans cet article 1375 C.c.f. une exigence à la fois d'opportunité et d'utilité, et ont lié ces deux notions au point de les confondre. Ainsi, pour qu'une affaire soit «bien administrée», fallait-il que l'intervention

3. Office de Révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil*, vol. 2, t. 2, *Commentaires*, à la p. 636.

du gérant soit utile et opportune⁴, ces deux termes étant la plupart du temps employés sans nuances⁵.

Notre nouveau code a choisi de régler la question différemment, en associant clairement (et avec justesse) l'exigence de l'opportunité à la gestion elle-même (article 1482 C.c.Q.), et l'exigence de l'utilité aux dépenses faites dans le cadre de cette gestion (article 1486 C.c.Q.). En conséquence, ce sont les conditions d'*existence* de la gestion d'affaires qui sont soumises au critère de l'opportunité, tandis que c'est l'*indemnisation* du gérant qui est soumise au critère de l'utilité (ou de la nécessité) des dépenses encourues à l'intérieur d'une gestion d'affaires déjà existante, c'est-à-dire valablement entreprise⁶.

Pour constituer une gestion qui puisse se réclamer des règles en vigueur, il faudra donc que la gestion ait tout d'abord été entreprise de façon opportune: c'est alors seulement que le gérant pourra, en vertu de l'article 1482 C.c.Q., bénéficier de l'action *negotiorum gestorum*. Le but de la loi est de vérifier la validité de l'immixtion dans les affaires d'autrui, car autant le législateur ne veut-il pas décourager les initiatives désintéressées et l'altruisme de bon aloi, autant souhaite-t-il protéger l'intimité et la vie privée des individus contre les intrusions indésirées dans leurs affaires personnelles. D'ailleurs, la *Charte des droits et libertés de la personne* confirme que «[t]oute personne a droit au respect de sa vie privée»⁷. Cette nouvelle façon de définir la gestion d'affaires, d'établir ses conditions d'existence, et de gérer son fonctionnement est assez conforme au droit antérieur, sinon qu'elle vient le préciser et l'affiner. À cet égard, la doctrine française s'est déjà exprimée comme suit:

«[p]arce qu'il faut aussi décourager les immixtions légères et écervelées, la loi subordonne ce régime à certaines conditions: ainsi est sauvegardé l'intérêt du maître qui ne doit pas pâtir d'interventions intempestives. (...) C'est là l'équilibre d'un mécanisme qui reste ainsi dominé par l'équité, qui a pu être présenté comme la morale de la charité.»⁸

-
4. A. Bénabent, *Droit civil, Les obligations*, 3^e édition, Paris, Montchrestien, 1991, p. 183, n° 329; B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Droit civil, Obligations*, t. 2, *Contrat*, 4^e éd., Paris, Litec, 1993, p. 782, n° 1854; J. Flour, J.-L. Aubert, *Les obligations*, t. 2, *Le fait juridique*, 5^e éd., Paris, Armand Colin, 1991, p. 17, n° 12; G. Marty, P. Raynaud, *Droit civil, Les obligations*, 2^e éd., t. 1, *Les sources*, Paris, Sirey, 1988, p. 395, n° 382.
 5. Un auteur parle de la nécessité de les dissocier, mais sans vraiment élaborer sa pensée: (cf A. Sériaux, *Droit des obligations*, Paris, P.U.F., 1992, p. 267, note 39).
 6. *Id.*
 7. L.R.Q. c. C-12, article 5. Voir également les articles 3 et 35 et ss. C.c.Q.
 8. A. Bénabent, *op. cit.*, *supra*, note 4, p. 181, n° 325; *contra*, A. Sériaux, *op. cit.*, *supra*, note 5, p. 281, n° 83.

Suivant les circonstances de l'espèce, il y a trois façons de qualifier l'immixtion dans les affaires d'autrui, d'en mesurer la validité, et d'en établir les conséquences. En effet, dans certains cas, l'immixtion sera jugée fautive et susceptible d'engager la responsabilité extra-contractuelle du soi-disant «gérant» en vertu de l'article 1457 C.c.Q.⁹. Dans d'autres cas, cette immixtion ne sera pas à proprement parler fautive, mais sera dépourvue d'*animus gerendi*, ce qui la soustraira aux règles de la gestion pour la rattacher, le cas échéant, à l'enrichissement injustifié¹⁰. Finalement, l'immixtion pourra constituer la gestion opportune de l'affaire d'une autre personne¹¹, et il s'agira alors d'une véritable gestion d'affaires.

Il convient donc de s'interroger sur la façon d'apprécier le comportement du gérant au moment même où il entreprend sa gestion, afin de pouvoir déterminer si cette dernière est opportune. En droit français, la doctrine se prononce résolument en faveur d'une appréciation subjective du comportement du gérant¹². Cette appréciation subjective exige qu'on se demande si le gérant concerné, compte tenu de la situation à laquelle il était confronté et à la lumière de tous les éléments qui lui sont personnels, comme son âge, son éducation, sa formation, son expérience personnelle et professionnelle, pouvait croire à l'opportunité de son intervention au moment où il a choisi d'agir. En d'autres mots, il s'agit de vérifier si cette personne est intervenue de bonne foi dans les affaires d'autrui, ce qui n'exclut pas qu'elle ait pu se tromper en choisissant d'intervenir.

Au Québec par contre, à cause de la rédaction différente des articles pertinents, il nous semble que l'appréciation objective mérite d'être privilégiée. En effet, nous verrons qu'il peut souvent arriver que l'immixtion dans les affaires d'autrui constitue une faute¹³. La meilleure façon de limiter les intrusions indésirables, ou simplement maladroites, qui seraient susceptibles de se produire sous le couvert de la gestion, serait de juger le comportement du gérant à la lumière de ce que ferait une personne raisonnable placée dans les mêmes

9. Par exemple, pendant son absence et sans que cela soit nécessaire, peindre la maison du voisin d'une couleur qu'on préfère.

10. Par exemple, effectuer des travaux sur l'immeuble d'autrui en pensant que l'immeuble nous appartient, lorsque cette croyance, d'après les circonstances, est raisonnable.

11. Par exemple, éteindre un début d'incendie dans l'immeuble d'un tiers; voir *Fontaine c. Gascon*, [1956] C.S. 139.

12. V.g. R. Bout, *La gestion d'affaires en droit français contemporain*, Paris, L.G.D.J., 1972, p. 328, n° 269 et ss; J. Flour, J.-L. Aubert, *op. cit.*, *supra*, note 4, p. 17, n° 12; G. Marty, P. Raynaud, *op. cit.*, *supra*, note 4, p. 393, n° 382.

13. Selon J. Pineau et D. Burman, *Théorie des obligations*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1988, p. 235, n° 167, «On ne peut pas, en effet, laisser une personne à la merci d'un gérant; on ne s'immisce pas impunément dans les affaires d'autrui.» Cependant, ils ajoutent plus loin que «...[l']immixtion dans les affaires d'autrui ne constitue pas en soi, un comportement fautif» (p. 241, n° 173).

circonstances. Si, selon ce critère abstrait, on peut conclure qu'une personne raisonnable serait intervenue dans les mêmes circonstances, l'immixtion sera jugée à la fois opportune et exempte de faute. Autrement, la gestion intempestive pourra constituer une faute, puisque la personne raisonnable aurait sans doute choisi de ne pas l'entreprendre.

Cependant, il reste un domaine où l'appréciation subjective favorisée par le droit français mériterait d'être retenue. C'est celui des actes de sauvetage. Toute tentative, même téméraire, de sauver une vie humaine devrait être jugée assez généreusement quant à son opportunité, surtout en cas d'urgence. En effet, lorsque la vie de quelqu'un est en péril, tout acte de bravoure ou d'altruisme est digne d'encouragement¹⁴, dans les limites prévues par la loi¹⁵. D'ailleurs ne serait-il pas juste de prétendre que lorsque la vie d'une personne est en danger, tout individu raisonnable aurait le réflexe de porter secours à cette dernière, sans nécessairement soupeser le danger auquel il s'exposerait lui-même. Du moins, en proposant ce raisonnement nous imputons à la personne raisonnable des sentiments nobles et généreux, sentiments que notre société a tout avantage à encourager¹⁶.

Par contre, en dépit de l'opinion du juge Monet de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Desmarais c Houle*¹⁷, affirmant «qu'en matière de gestion d'affaires, il est essentiel que l'affaire soit urgente», il n'est pas évident que l'urgence de la situation soit une condition de validité de l'intervention dans les affaires d'autrui. Certes, en cas d'urgence, l'opportunité de l'immixtion sera probablement plus facile à établir, mais l'urgence n'est pas mentionnée aux articles 1482 à 1490 du *Code civil du Québec*. Qui plus est, même quand le *Code civil* fait appel à la notion encore plus forte de nécessité¹⁸, il ne s'ensuit pas qu'une dépense ou un geste nécessaire soit inévitablement une dépense ou un geste urgent¹⁹. Au contraire, la jurisprudence québécoise s'est déjà prononcée

14. B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *op. cit.*, *supra*, note 4, p. 783, n° 1855, excluent l'application de la théorie de la gestion d'affaires aux actes de sauvetage «...dès lors que celui au profit duquel l'acte a été fait a sollicité ou accepté le concours d'autrui.» Ils analysent plutôt ce genre de situation comme une convention d'assistance, comportant implicitement l'obligation d'indemniser la personne qui apporte son assistance au bénéficiaire de la convention. Mais, comme l'affirment ces auteurs, à moins qu'il y ait consentement exprès ou tacite à l'assistance, il est factice de parler de convention, et les règles de la gestion d'affaires demeurent alors pertinentes.

15. Par exemple, il serait interdit d'aliéner une partie de son corps si le risque encouru était hors de proportion avec le bienfait que l'on pourrait en espérer; voir l'article 19 C.c.Q.

16. D'ailleurs, la *Loi favorisant le civisme*, L.R.Q. c. C-20, envisage non seulement l'indemnisation du sauveteur, mais également l'attribution de décorations et de distinctions. [1988] R.R.A. 322.

17. V.g. articles 1485, 1486 et 1487 C.c.Q.

19. R. Bout, *op. cit.*, *supra*, note 12, p. 382, n° 316; A. Weill, F. Terré, *Droit civil, Les obligations*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 1986, p. 822, n° 798.

favorablement quant à l'existence d'une gestion d'affaires dans des situations non urgentes, mais où l'immixtion du gérant était cependant opportune²⁰.

Si l'opportunité est essentielle à l'existence même de la gestion en vertu de l'article 1482 C.c.Q., c'est à un autre niveau que devra par contre s'apprécier l'utilité de la gestion: elle se mesurera à la qualité des gestes posés, et des dépenses encourues, dans le cadre d'une gestion par ailleurs opportune. Une gestion opportune est donc une gestion validement entreprise, tandis qu'une gestion utile est une gestion qui, au départ valide, entraîne des dépenses ou des actes utiles. Du reste, le Code ne parle jamais de «gestion» utile, mais bien de gestes nécessaires (article 1485 C.c.Q.) et de «dépenses» soit nécessaires, soit utiles (articles 1486, 1487, et indirectement 1488 C.c.Q.). En règle générale, lorsque l'acte d'immixtion jugé opportun ne produit pas les résultats escomptés, le géré, selon l'article 1486 C.c.Q., est néanmoins tenu au remboursement des dépenses utiles et nécessaires ainsi qu'à l'indemnisation du gérant pour le préjudice subi en raison de sa gestion. Comme nous le démontrerons dans la deuxième partie de notre analyse, c'est un principe qui souffre quelques nuances. Il n'en demeure pas moins que, pour vérifier l'utilité des dépenses engagées dans la gestion, nous devons tenir compte de la situation réelle du géré. L'appréciation de l'utilité se fera donc *in concreto* à l'égard du géré²¹. Ainsi, il serait possible d'imaginer des situations où la décision de s'immiscer dans l'affaire d'autrui serait raisonnable mais où, en raison de circonstances propres au géré, les actes posés dans le cadre de la gestion ne seraient pas utiles. Ce serait le cas, par exemple, si le gérant effectuait des réparations nécessaires au bâtiment de son voisin, mais en ignorant que l'immeuble doit être démoli prochainement. Pour ce géré en particulier, les travaux seraient inutiles au moment où ils ont été effectués²².

Conformément au principe déjà admis tant en droit français qu'en droit québécois sous l'ancien *Code civil du Bas-Canada*, le *Code civil du Québec* affirme, dans son article 1487, que l'utilité de la dépense s'apprécie au moment où le geste est posé, même si le bénéfice de l'acte de gestion devait disparaître

20. Par exemple *Robitaille c. Grant*, (1923) 62 C.S. 175 (paiement de la dette d'autrui); *Anglehart c. Chenel*, [1950] C.S. 307, p. 314 (payer des dettes dues par une succession). Voir généralement sur la question de l'urgence, R. Bout, *op. cit.*, *supra*, note 12, p. 382 et ss, n° 317 et ss; J. Flour et J.-L. Aubert, *op. cit.*, *supra*, note 4, p. 18, n° 13.

21. J. Pineau et D. Burman, *op. cit.*, *supra*, note 13, p. 235, n° 167. *Contra* : A. Weill, F. Terré, *op. cit.*, *supra*, note 19, p. 826, n° 803.

22. Cette hypothèse est à distinguer de celle souvent évoquée par la doctrine, c'est-à-dire la destruction par incendie d'un immeuble sur lequel le gérant avait effectué des réparations indispensables (voir par exemple H. L. & J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, *Obligations, théorie générale*, 7^e éd., Paris, Montchrestien, 1985, p. 801, n° 683; G. Marty, P. Raynaud, *op. cit.*, *supra*, note 4, p. 396, n° 382) dans ce dernier cas, l'acte était opportun car la destruction de la chose n'était pas prévue par le géré.

plus tard en raison d'une force majeure, du fait d'un tiers, ou du fait postérieur du géré lui-même (pourvu, bien entendu, que la perte de ce bénéfice ne soit pas imputable au gérant). C'est donc «l'utilité initiale et non l'utilité finale qui compte»²³. Et puisque la dépense doit être nécessaire ou utile, les impenses voluptuaires ou de pur agrément sont nécessairement exclues de la gestion²⁴.

En outre, le droit français s'est déjà prononcé en faveur de l'utilité globale de la gestion, en rendant indivisibles les actes de gestion du gérant quand il s'agit de le rembourser. En vertu de ce raisonnement, il serait impossible d'évaluer séparément chacun des actes de gestion pour apprécier leur caractère utile²⁵. Nous ne croyons pas que cette dernière solution puisse satisfaire le texte de notre Code, qui distingue désormais l'opportunité de la gestion dans sa globalité en parlant de gestion opportunément entreprise à l'article 1482 C.c.Q., et l'utilité des actes posés en parlant des dépenses inhérentes à la gestion à l'article 1486 C.c.Q.

II - LES CONSÉQUENCES JURIDIQUES D'UN ACTE DE GESTION INUTILE, ET CELLES D'UNE GESTION INOPORTUNE

Les articles 1486 et 1490 C.c.Q. déterminent respectivement les conséquences juridiques d'une gestion dont les actes sont inutiles, et celles d'une gestion qui est inopportune. En comparant ces deux dispositions, nous constatons que l'article 1486 s'applique aux situations où la décision de la part du gérant d'intervenir dans les affaires du géré était objectivement valable, même si les résultats escomptés lors de cette immixtion n'ont pas été ultérieurement atteints²⁶. Dans ce dernier cas, le *Code civil* accorde au gérant l'indemnisation du préjudice qu'il a pu subir, et le remboursement des dépenses utiles qu'il a pu encourir en raison de sa gestion. Les Commentaires du ministre de la Justice laissent entendre que l'article 1486 C.c.Q. s'inspire de l'article 110 du livre V du *Projet de Code civil*, énonçait que «... lorsque son intérêt exigeait que la gestion fût entreprise, le maître, même si le résultat espéré n'a pas été obtenu ...» doit rembourser les dépenses nécessaires ou utiles, assumer les obligations contractés en son nom et indemniser le gérant de tout dommage résultant de la gestion.

L'économie de la gestion d'affaires comme la généralité de l'article 1486 C.c.Q. donnent à penser que, peu importe le caractère de l'acte posé, le résultat obtenu lors d'une gestion valablement entreprise n'a pas d'influence sur

23. A. Sériaux, *op. cit.*, *supra*, note 5, p. 267.

24. B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *op. cit.*, *supra*, note 4, p. 791, n° 1872.

25. A. Sériaux, *op. cit.*, *supra*, note 5, p. 267 et 268; B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *ibid.*, p. 783, n° 1854.

26. L'article 1486 C.c.Q. le précise: «même si le résultat recherché n'a pas été atteint... »

l'obligation du géré de dédommager le gérant. Ainsi, quand l'acte de gestion comporte un aléa²⁷, comme par exemple le fait de prodiguer des soins médicaux²⁸, de porter secours à une personne en péril, d'éteindre un incendie²⁹ ou de maîtriser un cheval emballé³⁰, l'intervention sans aucune promesse de succès suffit, en règle générale, pour donner lieu à l'indemnisation et au remboursement des dépenses du gérant, car l'objectif poursuivi dans ce genre de situation en est un de diligence ou de moyens. Cependant, rappelons que la seule présence d'un aléa ne suffira pas pour justifier n'importe quel geste d'immixtion. Ainsi, autant les tribunaux auraient tendance à vouloir indemniser le gérant des blessures subies en tentant de sauver la vie d'une personne en péril, autant refuseraient-ils une indemnisation intégrale en vertu de l'article 1486 C.c.Q. pour un préjudice résultant de la mort ou de blessures subies lors d'une tentative pour sauver un animal, ou pour préserver tout autre bien³¹. Dans ces circonstances, les gestes du sauveteur seraient jugés intempestifs³², et ce «gérant», étant intervenu inopportunément, n'aurait pas la qualité de gérant. Tout au plus pourrait-il, en cas de succès dans son intervention, espérer une indemnisation jusqu'à concurrence de la valeur du bien sauvé, ou du service utilement rendu, en vertu de l'article 1490 C.c.Q. Il s'agirait d'une fausse gestion, puisque entreprise inopportunément, mais les dépenses encourues pourraient malgré tout être remboursées, si elles ont eu pour effet d'entraîner un quelconque enrichissement pour le faux géré.

Ce raisonnement s'applique même à l'acte de gestion ne comportant aucun aléa, c'est-à-dire celui qui est soumis à une obligation déterminée, ou obligation de résultat. À titre d'exemple, on peut mentionner que le fait pour un gérant de ne pas déposer un avis dans les formes voulues au bureau de la publicité³³, de ne pas payer une dette portable au domicile du créancier³⁴, ou de ne pas compléter un transport de marchandise³⁵, pourra créer pour le géré l'obligation de restituer les débours du gérant, et ce malgré l'insuccès de la démarche opportunément entreprise par ce dernier. Il suffira, au sens de l'article

27. Voir P.-A. Crépeau, *L'intensité de l'obligation juridique*, Cowansville, Yvon Blais, 1989, p. 39, n° 69 et ss.

28. *Tremblay c. Ville de Baie St. Paul*, (1921) 59 C.S. 498; *Forest c. Cadot*, (1895) 1 R. de J. 173.

29. *Fontaine c. Gascon*, [1956] C.S. 139.

30. *Lortie c. Adelstein*, (1914) 46 C.S. 543.

31. Dans l'affaire *Fontaine c. Gascon*, *op. cit.*, *supra*, note 29, le tribunal avait indemnisé le gérant des blessures subies en éteignant un début d'incendie dans un garage. Mais dans ce cas, le montant de l'indemnité était nettement inférieur à la valeur de l'immeuble avec son contenu et, de plus, l'incendie avait été causé par la négligence de l'employé des gérés.

32. Y. O'Mahony, *De la réparation du préjudice subi par celui qui, bénévolement, porte secours à autrui*, Paris, L.G.D.J., 1942, p. 102.

33. Article 2942 C.c.Q.

34. Article 1566 C.c.Q.

35. Article 2049 C.c.Q.

1486 C.c.Q., que les conditions de la gestion d'affaire soient réunies, ces conditions étant décrites à l'article 1482 C.c.Q., pour qu'une dépense utile au moment où l'acte de gestion est posé soit remboursable.

Mais pour que le gérant soit indemnisé d'un préjudice subi en raison de sa gestion, il faudra de plus que ce préjudice ne découle pas de sa propre faute. Quant à lui, le droit français se distingue du nôtre en refusant toute possibilité de recours au gérant fautif, non seulement pour une indemnité, mais aussi pour un remboursement:

«Un acte fautif, même s'il procure un gain à autrui, ne peut servir de base à la gestion d'affaires: ainsi de la résiliation fautive d'un contrat, même si elle a en définitive fait réaliser une économie à l'autre partie.»³⁶

Cette règle avait d'ailleurs amené les tribunaux français à découvrir une gestion là où il ne s'en trouvait pas, de façon à éviter que le faux gérant puisse être indemnisé quand le contraire aurait créé une injustice³⁷.

En ce qui concerne la portée de l'article 1490 C.c.Q., nous avons déterminé qu'il ne s'applique qu'aux cas de gestion inopportunément entreprise, c'est-à-dire à ce qui constitue une fausse gestion. Le texte de la disposition pourrait sembler suggérer que les règles applicables sont celles de l'enrichissement injustifié. On se rappellera que la source d'inspiration de cet article, à savoir l'article 111 du livre V du *Projet de Code Civil*, faisait précisément allusion à la situation du géré dont l'intérêt n'exigeait pas que la gestion fût entreprise. Il est intéressant de noter au passage que l'article 423 du *Code suisse des Obligations*, que nous soupçonnons d'avoir servi de modèle, ou du moins d'inspiration, à l'Office de Révision du Code Civil, est beaucoup plus explicite à cet égard:

«Lorsque la gestion n'a pas été entreprise dans l'intérêt du maître, celui-ci n'en a pas moins le droit de s'approprier les profits qui en résultent.

Il n'est tenu d'indemniser le gérant ou de lui donner décharge que jusqu'à concurrence de son enrichissement».

Il est donc indiscutable que l'article 1490 C.c.Q. n'est susceptible de s'appliquer qu'à un seul genre de situation, soit celle où l'immixtion du gérant

36. A. Bénabent, *op. cit.*, *supra*, note 4, p. 182, n° 328.

37. F. Goré, *L'enrichissement aux dépens d'autrui*, Paris, Dalloz, 1949, p. 24 et ss., aux n° 24 et ss.; J. Flour, J.-L. Aubert, *op. cit.*, *supra*, note 4, p. 12, n° 7.

dans les affaires d'autrui est fautive, en ce sens qu'une personne raisonnable, placée dans les mêmes circonstances, n'aurait pas choisi d'intervenir. Il n'est pas question d'étendre la portée de l'article 1490 pour englober l'hypothèse d'une immixtion faite sans *animus gerendi*, comme lorsque le gérant administre l'affaire d'autrui en pensant gérer ses propres affaires, ou lorsque quelqu'un fait des travaux sur le fonds de son voisin en pensant être chez lui à cause d'une erreur de l'arpenteur-géomètre³⁸, ou encore lorsque quelqu'un gère un immeuble reçu par testament pour apprendre plus tard que le testament a été révoqué. Dans ces cas, le faux gérant ne saurait être indemnisé en vertu de l'article 1490 car sans l'*animus gerendi*, les dispositions sur la gestion d'affaires ne s'appliquent pas. Mais comme le seul fait de ne pas avoir eu l'intention de gérer l'affaire d'autrui ne signifie pas que la chose ait été mal administrée, ni que l'immixtion se soit faite de façon objectivement inopportune, il serait normal et équitable de rembourser le «gérant» jusqu'à concurrence de l'enrichissement du géré, suivant les articles 1493 à 1496 C.c.Q., propres à l'enrichissement injustifié³⁹.

Le seul cas d'application de l'article 1490 est plus difficile à résoudre, car c'est celui d'une immixtion à l'origine inopportune, malgré l'*animus gerendi* du gérant. Cette immixtion peut prendre la forme d'un service rendu ou d'une dépense occasionnée. Le cas hypothétique suivant servira pour illustrer nos propos: sachant qu'il dispose d'un temps limité pour profiter d'un rabais important sur l'achat et l'installation d'une piscine, un individu décide de rendre service à son voisin en achetant au nom de ce dernier une piscine, et en la faisant installer chez lui en son absence. Mentionnons que les auteurs Starck, Roland et Boyer sont d'opinion qu'une acquisition par le gérant d'affaires ne saurait en principe être utile⁴⁰, tandis que Bénabent souligne que seuls les actes d'administration, de même que certains actes de disposition, relèvent de la gestion d'affaires⁴¹. De toute façon, le moins que l'on puisse dire est qu'une

38. A. Sériaux, *op. cit.*, *supra*, note 5, p. 286, n° 85.

39. *Cie de Péribonka Ltée c. Gaudreault*, (1921) 31 B.R. 214; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, Paris, P.U.F., 1992, p. 536, n° 298.

40. «On ne pourrait, sous prétexte qu'il s'agissait d'une «bonne affaire», acheter pour le compte d'autrui un immeuble ou un fonds de commerce. Il n'en serait autrement que s'il s'agissait de la vente d'un bien et du rachat d'un autre à sa place (opération dite de remploi)», *op. cit.*, *supra*, note 4, p. 784, n° 1856.

41. A. Bénabent, *op. cit.*, *supra*, note 4, p. 182, n° 327; P. Malinvaud, *Droit des obligations*, 5^e éd., Paris, Litec, 1990, p. 342, n° 293; G. Marty, P. Raynaud, *op. cit.*, *supra*, note 4, p. 396, n° 382. Voir cependant P. Malaurie, L. Aynès, *Droit civil, Les obligations*, 3^e éd., Paris, Éditions Cujas, 1992, p. 504, n° 913 qui affirment que «...[l]es actes utiles sont généralement des actes d'administration, non des actes de disposition; il n'existe aucune nécessité à bouleverser le patrimoine d'autrui». De toute façon, en droit québécois, la nature supplétive des dispositions régissant l'administration du bien d'autrui (art. 1484 C.c.Q.) nous laisse à croire qu'un acte de disposition par le gérant serait valable dans certains cas (art. 1305 C.c.Q.).

dépense de cette nature serait considérée voluptuaire⁴². Mais, plus fondamentalement, jamais une personne raisonnable ne se lancerait dans une telle entreprise sans l'autorisation du propriétaire du fonds. L'illégalité de l'immixtion dans la situation qui nous occupe est donc évidente. Pourtant, à la lecture de l'article 1490 C.c.Q., il semble que le prétendu géré⁴³ devrait malgré tout rembourser au gérant la valeur de l'enrichissement apporté par la construction de la piscine. Cette solution, simple en apparence, est-elle vraiment celle que le législateur québécois a voulu adopter? La réponse dépend de l'interprétation des mots «... n'oblige le géré que dans la seule mesure de son enrichissement.» Le législateur a-t-il voulu faire un renvoi à l'enrichissement injustifié, qui constituerait ainsi le droit supplétif en cette matière, ou a-t-il plutôt voulu créer un régime autonome de restitution fondé sur l'équité?

Dans son analyse de l'article 1490 C.c.Q., Baudouin⁴⁴ ne se prononce pas sur la question. Pineau semble favoriser le point de vue du renvoi à l'enrichissement injustifié, en écrivant que «...dès lors que la «gestion» a procuré un enrichissement au géré, celui-ci doit être tenu dans cette limite, afin qu'il ne s'enrichisse pas sans juste cause»⁴⁵. Tancelin, pour sa part, déclare sans équivoque que l'article 1490 C.c.Q. renvoie aux principes de l'enrichissement injustifié⁴⁶. Malheureusement, nous allons voir que si cette solution devait être retenue, elle aurait pour effet de considérablement réduire la portée de l'article 1490, même lorsque le «géré» se serait de beaucoup enrichi. En effet, dans la plupart des hypothèses concevables, le «gérant» aurait commis une faute en s'immisçant dans les affaires d'autrui. Il en serait ainsi de quelqu'un qui achèterait une piscine pour et au nom de son voisin. En pensant bien agir, il commettrait malgré tout une faute en effectuant, à l'insu du «géré», des impenses non nécessaires et d'une utilité douteuse sur l'immeuble de celui-ci.

Bien que ni la doctrine, ni la jurisprudence québécoise, ne se soient prononcées formellement sur la question⁴⁷, en France on admet que si

42. Voir la définition du *Dictionnaire de droit privé*, 2^e éd., (Centre de droit privé & comparé, Cowansville, Yvon Blais, 1991), par comparaison avec l'article 961 C.c.Q. Malgré la généralité de l'article 961, on ne devrait donc pas permettre le remboursement des impenses voluptuaires.

43. Si les exigences de la gestion d'affaires ne sont pas satisfaites, il est inexact de parler du «gérant» et du «géré» pour désigner les personnes concernées.

44. J.-L. Baudouin, *Les obligations*, 4^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1993, p. 327, n° 598.

45. J. Pineau, «Théorie des obligations» dans *La Réforme du Code civil*, t. 2, *Obligations, Contrats nommés*, Ste-Foy, P.U.L., 9 à la p. 110, n° 100.

46. M. Tancelin, *Sources des obligations. L'acte juridique légitime*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, p. 268, n° 379.2.

47. Notons cependant que Robert Lesage, dans un article intitulé «La compensation de l'appauvrissement indu» ((1984) 87 R. du N. 5.), fait allusion à ce problème sans toutefois se prononcer clairement sur l'effet de l'erreur sur le recours de l'appauvri contre l'enrichi. Par exemple, il mentionne le jugement de la Cour suprême dans *Cie Immobilière Viger Ltée c.*

l'appauvrissement d'une personne résulte de sa propre faute, l'appauvri ne pourra profiter de l'action *de in rem verso* contre l'enrichi⁴⁸. Ainsi a-t-on décidé que la grand-mère qui a refusé de respecter l'ordonnance d'un tribunal accordant la garde de ses petits-enfants à leur père ne pouvait réclamer de ce dernier les montants qu'elle a dépensés pour faire vivre les enfants⁴⁹. Dans un autre arrêt, il a été jugé que le garagiste, ayant choisi d'apporter des réparations supplémentaires à la voiture de son client sans le consentement de ce dernier, ne pouvait exiger du client ainsi enrichi le prix de ces réparations additionnelles⁵⁰. Plus récemment, on a rejeté une poursuite en enrichissement injustifié intentée par une banque ayant honoré un chèque malgré l'arrêt de paiement ordonné par le tireur⁵¹, ainsi que la réclamation d'une personne ayant payé les droits de mutation d'une succession qu'elle s'était appropriée en présentant un faux testament qui la rendait légataire universelle⁵².

En droit québécois, la faute de l'appauvri devrait-elle entraîner les mêmes conséquences, et faire échec à l'action en enrichissement injustifié?

Lauréat Giguère Inc., [1977] 2 R.C.S. 67 et il affirme que «Ce n'est pas l'existence d'une cause juridique qui a ouvert le remède en faveur de Giguère, mais le fait que cette dernière s'était appauvrie sans faute et sans justification» (ses italiques) (*ibid.*, p. 22). Dans le cas sous étude, l'appauvrissement de Giguère résultait de l'illégalité des conventions entre Viger (l'enrichie) et la Ville de Plessisville. Plus loin, le juge Lesage écrit (p. 33): «Néanmoins, il faudra surveiller si les tribunaux, dans le futur, seraient plus enclins à écarter les *fins de non-recevoir* basées sur la *faute* ou l'imprudence de l'appauvri...» (ses italiques). André Duval, dans son étude, «L'enrichissement sans cause dans la loi de Québec et le contrat avorté», (1955) 15 R. du B. 461, aborde la question en donnant l'exemple d'un entrepreneur-peintre qui se trompe et vient faire chez quelqu'un le travail qu'il devait plutôt exécuter chez le voisin de ce dernier. Selon Me Duval, «[é]tendre le concept juridique d'enrichissement sans cause de façon à inclure les cas d'erreur ouvrirait d'ailleurs la voie de l'abus. L'action *de in rem verso* serait offerte à tout venant et ne serait qu'une prime aux imprudents et aux chevaliers d'industrie. Voici qu'un inconnu exécute chez moi un certain travail, sans contrat préalable. Qui prouvera qu'il a agi par erreur et non avec préméditation? Ce travail pouvait ne pas être opportun, ou bien j'avais de bonnes raisons de l'ajourner, ou bien je désirais recourir à une autre personne pour l'exécuter, ou bien le travail n'a pas été exécuté comme je le voulais. Pourquoi serais-je alors tenu de payer?» (*ibid.*, p. 471).

48. J. Flour, J.-L. Aubert, *op. cit.*, *supra*, note 4, p. 53, n° 51; A. Sériaux, *op. cit.*, *supra*, note 5, p. 296, n° 89; H. L. & J. Mazeaud, F. Chabas, *op. cit.*, *supra*, note 22, p. 816, n° 700; J. Carbonnier, *op. cit.*, *supra*, note 39, p. 552, n° 308.

49. Cass. civ. 1re, 6 mai 1953, D. 1963. 609 (note Goré). Dans la cause québécoise *Fecteau c. Brousseau*, (1930) 49 B.R. 211, la personne à qui une mère, avant de mourir, avait confié la garde de son enfant, pouvait réclamer du père qui voulait reprendre l'enfant le remboursement des coûts encourus pour élever cet enfant. Évidemment, à la différence de l'arrêt de la Cour de cassation du 6 mai 1953, le gardien de l'enfant n'avait pas commis de faute.

50. Cass. com. 8 juin 1968, J.C.P. 1969.II. 15724.

51. Cass. com. 16 juillet 1985, D.S. 1986. 393 (Note J.-L. A.).

52. Cass. civ. 1re 18 janvier 1989, Bull Cass 1989.1. 14; D.S. 1989. I.R. 31. Voir généralement P. Conte, «Faute de l'appauvri et cause de l'appauvrissement: réflexions hétérodoxes sur un aspect controversé de la théorie de l'enrichissement sans cause», (1987) 86 R.T.D.C. 277.

Nous pensons qu'une réponse affirmative s'impose⁵³. En effet, l'article 1494 C.c.Q. précise que l'acte accompli aux risques et périls de l'appauvri constitue une justification à son appauvrissement, excluant du même coup la possibilité de recourir dans un cas semblable aux règles de l'enrichissement injustifié. Or la personne qui s'immisce sciemment et de façon inopportune dans les affaires d'autrui agit effectivement à ses risques et périls: elle espère avoir bien agi pour le compte d'autrui, mais elle se contente de souhaiter que son geste soit ultérieurement approuvé. Ainsi, on pourrait soutenir que l'article 1494 C.c.Q. voit dans la faute un obstacle à toute action en enrichissement injustifié⁵⁴. Qui plus est, l'énumération de l'article 1494 C.c.Q. n'est pas exhaustive⁵⁵. Donc, même si d'aucuns contestaient que l'expression «...à ses risques et périls...» puisse englober l'hypothèse de la faute, la faute comme justification de l'enrichissement ou l'appauvrissement ne serait pas pour autant écartée⁵⁶.

53. D'ailleurs dans deux arrêts, le tribunal a déjà laissé entendre que la faute de l'appauvri ferait perdre à ce dernier son droit d'invoquer l'enrichissement injustifié. Le premier, *Leblond Automobiles Inc. c. Giguère*, [1989] R.J.Q. 2581 (C.Q.) portait sur une poursuite intentée par un garagiste pour le paiement des réparations à la transmission du camion du défendeur. Ce dernier a pu, par demande reconventionnelle, obtenir la résolution du contrat parce que le garagiste avait contrevenu à la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1. Selon le juge A. Gobeil, «[i]l ne s'agit donc pas d'un enrichissement injustifié, celui-ci ayant une cause, soit la contravention par le commerçant à une disposition impérative de la *Loi sur la protection du consommateur*» (*ibid.*, p. 2585). Dans l'autre arrêt, *Proulx c. Gareau*, [1992] R.R.A. 665 (C.Q.), il est question d'une poursuite intentée par une personne contre son ex-conjoint de fait, en remboursement des sommes déboursées pour l'achat de meubles. La demanderesse, qui recevait illégalement des prestations d'aide sociale en ne divulguant pas aux autorités qu'elle vivait avec le défendeur, a été contrainte à rembourser les sommes obtenues frauduleusement avec l'aide de son concubin. L'argent ainsi reçu a été dépensé en remboursement d'un prêt pour l'achat de meubles meublants que le défendeur a gardé lors de leur séparation. La juge M.-A. Villeneuve a condamné le défendeur à rembourser le montant des prestations que la demanderesse lui avait versées pendant la période de leur cohabitation. La juge a écarté la possibilité d'invoquer l'enrichissement injustifié car les deux parties avaient participé à la fraude à l'endroit du Ministère de la main d'oeuvre, de la sécurité du revenu et de la formation professionnelle. Par contre, on a condamné le défendeur sur une base délictuelle, sans doute parce que de toute façon, aucun des deux ne devait profiter de la fraude. Par contre, en d'autres occasions, les tribunaux québécois ont décidé que l'opposition de l'enrichi aux actes de l'appauvri ne serait pas pour autant un obstacle à l'action *de in rem verso*. Voir par exemple *Barnhardt c. Canadian Bank of Commerce*, [1952] C.S. 265.

54. L'exemple donné par le ministre de la Justice est celui du locataire qui apporterait des impenses d'agrément à l'immeuble loué, *op. cit.*, *supra*, note 1, t. 1, p. 918.

55. Car il pourrait y avoir un recours *de in rem verso* même dans le cas d'un enrichissement ou appauvrissement «causé» si l'action qu'aurait normalement l'appauvri était paralysée par un obstacle de fait, cf Cass req. 15 juin 1892, D. 1892.1.596, S.1893.1.281 (note Labbé); J. Pineau et D. Burman, *op. cit.*, *supra*, note 13, p. 260, n° 188.

56. Selon le juge Beetz dans *Cie Immobilière Viger Ltée c. Lauréat Giguère Inc.*, [1977] 2 R.C.S. 67, p. 77, «[l]e Code civil ne contient pas tout le droit civil. Il est fondé sur des principes qui n'y sont pas tous exprimés et dont il appartient à la jurisprudence et à la doctrine d'assurer la fécondité.»

Les seuls cas où on pourrait recourir aux règles de l'enrichissement injustifié pour résoudre des problèmes s'apparentant à la gestion d'affaires, et pour indemniser le «gérant», seraient ceux où l'immixtion de ce dernier, tout en ne constituant aucune faute de sa part, serait dépourvue d'*animus gerendi*⁵⁷.

Pour notre part, nous préférons voir dans l'article 1490 C.c.Q. un régime autonome ou *sui generis*, qui crée ses propres règles et les destine au rétablissement d'un certain équilibre entre les parties en cause. Deux arguments militent en faveur de cette thèse. D'abord l'article 1490 C.c.Q. n'est pas le seul à utiliser l'enrichissement en tant que mesure d'un remboursement ou d'une restitution, comme en font foi les articles 427, 475, 1706, 2146, 2282 et 2357 C.c.Q. Ainsi, en matière de restitution des prestations par des personnes protégées, l'article 1706 mentionne que ces dernières ne seront tenues que jusqu'à concurrence de leur enrichissement. Pourtant, personne ne saurait prétendre que l'article 1706 C.c.Q. renvoie implicitement aux articles du *Code civil* sur l'enrichissement injustifié. Le même raisonnement se vérifie quant aux autres articles que nous avons énumérés ci-dessus.

Un deuxième argument confirme notre position. Si on considère que l'article 1490 C.c.Q. crée l'exception d'une gestion anormale et d'un régime de restitution autonome, cette disposition peut paraître inéquitable, car elle contraint le «géré» à indemniser un faux gérant pour les dépenses effectuées ou les services rendus par lui (du moins jusqu'à concurrence de son propre enrichissement). Toutefois, comme nous l'avons souligné, l'immixtion inopportune dans les affaires d'autrui résulte d'une négligence ou d'une témérité. En vertu des principes de la responsabilité civile, et bien entendu dans les cas qui l'admettent, la victime d'une faute a le droit d'exiger la réparation en nature du tort commis⁵⁸; elle pourrait donc forcer le «gérant» qui, en effet, a commis une faute en ne se mêlant pas de ses affaires, à enlever les travaux et à remettre les lieux dans leur état antérieur, le tout à ses frais⁵⁹. Il nous semble que toute autre solution, dans le cas d'un comportement fautif de la part du gérant, serait inique. Si par contre le géré voulait garder les travaux ou les améliorations, le remboursement du gérant jusqu'à concurrence de l'enrichissement apporté à son immeuble serait raisonnable, juste et conforme à l'esprit de l'article 1490 C.c.Q.

57. Voir *supra* note 39.

58. Article 1603 C.c.Q.

59. À cet égard, il ne faut pas oublier que nonobstant l'article 1488 C.c.Q., qui renvoie aux articles 958 et ss C.c.Q. quant au sort des impenses sur un immeuble, l'article 1487, pour sa part, n'exige que le remboursement des dépenses utiles ou nécessaires et non celles qui sont voluptuaires. De toute façon, l'article 1488 ne s'applique que dans le cas d'une immixtion opportune.

De plus, le commentaire du ministre veut que le nouveau code vienne dissiper, au moyen de son article 1490, l'ancienne confusion au sujet des règles applicables en cas de gestion inopportune. En effet dit-il, sous l'ancien code, les droits des gérant et géré dans une gestion anormale étaient «vaguement régis par les règles relatives à la réception de l'indu, voire par celles de l'enrichissement sans cause»⁶⁰. Si on postule que ces commentaires ont à tout le moins une valeur de doctrine et d'indice, ils amènent à la conclusion que, vraisemblablement créé pour soustraire la fausse gestion aux règles de l'enrichissement injustifié, il est peu probable que l'article 1490 nous y renvoie d'un même souffle.

CONCLUSION

Comme nous l'avons souligné, l'article 1490 C.c.Q. ne concerne que les hypothèses où les conditions d'existence de la gestion d'affaires ne sont pas réunies parce qu'il s'agit d'une immixtion inopportune ou fautive. Lorsque la gestion, sans être fautive, n'est pas entreprise volontairement, et que l'*animus gerendi* fait défaut au «gérant», il ne peut non plus s'agir d'une gestion d'affaires satisfaisant les conditions de l'article 1482 C.c.Q. Dans ce dernier cas, l'article 1490 ne pourra toutefois s'appliquer, car il ne parle que de gestion inopportune et non de gestion involontaire. Même s'il s'appliquait, il ne nous apporterait, en l'absence de faute de la part du «gérant» malgré lui, rien de plus que les règles de l'enrichissement injustifié. Et dans ce dernier cas, l'obligation de remboursement n'existe que jusqu'à concurrence de l'enrichissement existant au moment du recours en justice⁶¹. L'obligation de rembourser le montant de l'enrichissement ne subsisterait que si, effectivement, le géré bénéficiait toujours de cet enrichissement au moment du recours en indemnisation. Certainement, dans le cas d'une faute de la part du gérant et probablement dans d'autres situations où il y a absence de faute et où les travaux ne seraient ni utiles ni nécessaires, le géré devrait avoir la faculté d'exiger l'enlèvement des travaux et la restauration de son bien.

Au contraire, dans le cas d'une gestion valablement entreprise, la question primordiale est de savoir si les dépenses étaient au départ utiles. Dans ce cas, selon l'article 1486 C.c.Q., le gérant aurait droit au remboursement des dépenses, dans les limites que nous avons proposées ci-dessus. En d'autres mots, c'est seulement dans les cas où le gérant n'a pas commis de faute qu'il pourrait demander le paiement intégral des débours, en dépit de l'insuccès de l'entreprise.

60. *Op. cit.*, *supra*, note 1, p. 914.

61. M. Tancelin, *op. cit.*, *supra*, note 46, p. 268, n° 379.2.

Dans la plus récente édition de son volume intitulé *Les Obligations*, l'auteur Baudouin exprime l'opinion que les règles de la gestion sont moins restrictives sous le nouveau *Code civil* qu'elles ne l'étaient sous le *Code civil du Bas-Canada*. Il en déduit qu'on peut anticiper une application plus fréquente des règles relatives à la gestion d'affaires dans notre nouveau droit⁶². Nous tenons à manifester notre scepticisme à cet égard: en raison d'un certain nombre de conditions contraignantes, la gestion d'affaires demeurera un phénomène relativement rare au Québec, et ne connaîtra sans doute pas l'essor qu'elle a connu en droit français.

62. *Op. cit.*, *supra*, note 44, p. 328, n° 600.